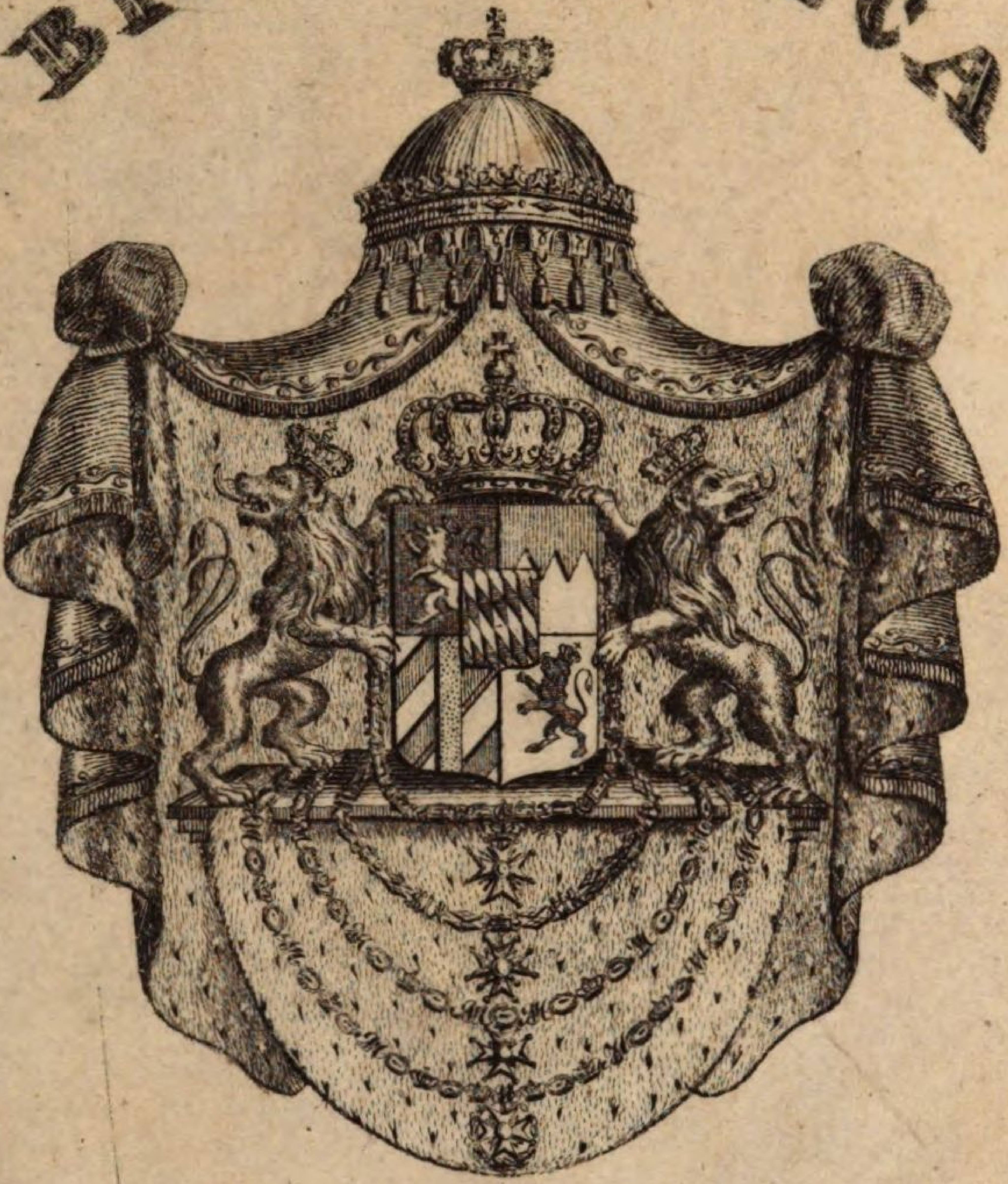
Jur. is. 12m

BIBLIOTHECA



REGIA
MONACHENSIS.

<36600028620010

<36600028620010

Bayer. Staatsbibliothek

Volksrecht

und

Juristenrecht.

Von

Dr. Georg Beseler,
Geh. Justizrathe und Professor zu Greifswald.

Leipzig,
Weidmann'sche Buchhandlung.
1843.

126. D.

85. G

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Vorrede.

Es war ursprünglich meine Absicht, den Inhalt dieser Schrift, welche jetzt ein zusammenhängendes Ganzes bildet, in einer Reihe einzelner Abhandlungen zu bearbeiten, und zwar nach der Beschaffenheit des Gegenstandes theils in der Form einer freien wissenschaftlichen Erörterung, theils als ausführliche, mit dem vollständigen gelehrten Apparat ausgestattete Monographien. Ich weiß nun freilich sehr wohl, daß ich, indem ich von diesem Plane abging und die gegenwärtige Form des Werkes wählte, den wichtigen Vortheil aus der Hand gab, auch die einzelnen darin behandelten Lehren so, wie es die unbefangene Darlegung einer genauen Forschung allein vermag, zu begründen. Indessen schien es mir doch vor Allem darauf anzukommen, die leitenden Gedanken, um deren Ausführung es mir zunächst zu thun war, zur gehörigen Klarheit

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

und Anschaulichkeit zu erheben, und so trug ich kein Bedenken, in ihrem Dienste das von mir zusammen gebrachte Material zu verwenden. Mag diese Schrift dadurch auch nach einer Seite hin an Wirksamkeit verloren haben, so gelingt es ihr dafür vielleicht um so eher, eine allgemeinere und lebendigere Theilnahme zu erregen, und das würde ich für einen entschiedenen Gewinn halten. Denn es kommen hier Fragen zur Erwägung, bei deren Lösung nicht allein die Juristen betheiligt sind und die Entscheidung abzugeben haben.

Greifswald im Julius 1843.

G. B.

Inhalt.

Volksrecht und Juristenrecht.

Seite

Erstes Kapitel.

Historische Einleitung 1

Zweites Kapitel.

Feststellung des Gegenstandes 58

Drittes Kapitel.

Das gemeine Recht und seine Gegensätze 91

I. Das Volksrecht.

Viertes Kapitel.

Erkenntnißquellen des Volksrechts 109

Fünftes Kapitel.

Das Volksrecht als gemeines Landrecht 140

Sechstes Kapitel.

Fortsetzung. — Das Recht der Genossenschaft 158

Siebentes Kapitel.

Das Volksrecht als gemeines Ständerecht 193

Achtes Kapitel.

Das Volksrecht in seinem Verhältniß zur Gesetzgebung . . . 230

Seite

Neuntes Kapitel.

Das Volksrecht in seinem Verhältniß zu dem Gerichtswesen . . 246

II. Das Juristenrecht.

Zehntes Kapitel.

Methode des Juristenrechts 299

Eilftes Kapitel.

Das Juristenrecht nach dem Umfange seiner Geltung . . . 328

Zwölftes Kapitel.

Werth des Juristenrechts 342

Volksrecht und Juristenrecht.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Erstes Kapitel.

Historische Einleitung.

Um Wiederholungen zu vermeiden und für die weitere Entwicklung die rechte Grundlage zu gewinnen, habe ich es für nöthig gehalten, bevor ich zu dem eigentlichen Gegenstande dieser Abhandlung übergehe, eine kurze historische Einleitung vorauszuschicken. Die Aufgabe derselben ist leicht zu bestimmen: sie soll in wenigen, einfachen Zügen die Geschichte des deutschen Rechts von den ältesten Zeiten bis auf die Gegenwart geben, und nicht bloß zeigen, in welcher Weise und aus welchen Elementen sich der heutige Rechtszustand in Deutschland gebildet hat, sondern auch namentlich darthun, wie zu allen Zeiten die Beschaffenheit des Rechts mit dem ganzen öffentlichen Leben der Nation in dem engsten Zusammenhange gestanden und von demselben bedingt worden ist. Durch eine solche Betrachtung wird sich über Manches, was bei einer einseitigen, bloß juristischen Auffassung kaum erklärlich scheint, das rechte Verständniß gewinnen lassen, vor Allem auch über die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland und deren Bedeutung für die Gegenwart. Aber es stehen auch einer Darstellung, welche den angegebenen Zweck erreichen soll, keine geringen Schwierigkeiten entgegen. Aus dem ganzen reichen Material kann nur mit einer, allein durch den richtigen Tact

bestimmten Auswahl das Allerwesentlichste hervorgehoben werden; und, was besonders zu erwägen ist, der Stoff darf nicht bloß aus den eigentlichen Rechtsquellen entnommen werden, da diese theils unzureichend sind, theils aber häufig das geltende und zur Anwendung gebrachte Recht nicht genau angeben. Denn die Wirklichkeit und namentlich die des germanischen Mittelalters sieht oft ganz anders aus, als die dafür gesetzten Rechtsnormen es erwarten lassen, und selten kommt eine in dem innern Rechtsleben einer Nation vorgehende Veränderung zum Durchbruch, ohne daß nicht vorher in langem Kampfe ein Theil des positiven Rechts der neuen Idee hat unterliegen müssen, bis diese sich auch äußerlich und förmlich sanctionirt an dessen Stelle setzt, um dann vielleicht schon wieder von einer andern Richtung, die sich geltend machen will, bedroht zu werden. So muß die Rechtsgeschichte, wenn sie nicht bloß das Werk einer einseitigen, todten Quellenforschung seyn soll, als integrirender Theil der allgemeinen politischen Geschichte in ihrem weitesten Umfange aufgefaßt werden; sie muß das Rechtsleben der Nation in seiner Fülle und seinem Wechsel zur deutlichen Anschauung zu bringen wissen. — Bei dieser Höhe der Aufgabe darf die folgende Skizze freilich nur ein bescheidenes Verdienst für sich in Anspruch nehmen.

Die ältesten Nachrichten über unser Volk zeigen dasselbe noch nicht in einer formell ausgeprägten, politischen Vereinigung. Die ungebundene Freiheit roher Naturmenschen, welche nur in dem Willen jedes Einzelnen und in der Macht des Stärkeren ihre Beschränkung findet, treffen wir freilich bei den

Deutschen, wie sie zuerst in der beglaubigten Geschichte auftreten, nicht mehr an; es zeigt sich vielmehr bei ihnen schon jede Anlage, welche zur höheren menschlichen Bildung befähigt, und der Anfang geordneter politischer Verhältnisse. Aber diese waren doch erst im Entstehen begriffen, und hatten noch nicht die Kraft, die Einzelnen zu einer bewußten Volkseinheit zusammen zu führen. Auf der allgemeinen Grundlage menschlicher Verbindungen, der Familie, waren die weiteren Vereine erwachsen, welche sich genossenschaftlich abschlossen, und insofern sie sich an einen bestimmten Grundbesitz knüpften, zu Gemeinden sich ausbildeten. Aus diesen traten wieder Einzelne zu freien Gefolgschaften zusammen, indem sie sich unter gefeierten Häuptlingen zu Kämpfen und Abentheuern verbanden, und über die Grenzen hinausschweifend, der nachdrängenden Volksmacht oft die Bahn zu Eroberungen und neuen Ansiedlungen wiesen. So entwickelten sich die einzelnen Völkerschaften und Stammesgenossenschaften, welche aber erst im fünften Jahrhundert nach Christus unter dem Einfluß der durch die Römerkriege hervorgerufenen Bündnisse zu einer gewissen Stätigkeit und Abgeschlossenheit kamen. Sie standen äußerlich getrennt neben einander, ja oft feindlich sich gegenüber; aber alle hielt doch das Band gleicher Abstammung zusammen: Religion, Sprache, Sitte und Recht waren aus derselben Wurzel hervorgegangen, und entfalteten sich, ungeachtet so vieler und bedeutender Abweichungen, im Ganzen doch in einer bewunderungswürdigen Harmonie. Tritt dieser Bildungsproceß äußerlich auch nur bei den einzelnen Stämmen hervor, so zeigt sich der tieferen Betrachtung doch bald, daß hier eine nationale Entwicklung vor sich gehe, der später auch die mehr formelle Vereinigung nicht fehlen werde.

Dem ganzen Stammesleben aber entsprach das Recht der älteren Zeit: es war noch ganz mit der Religion und der Sitte verwachsen, wenn es sich auch schon, trotz der symbolischen Umkleidung, in bestimmten Instituten erkennbar herausstellt; es ging unmittelbar aus den Lebensverhältnissen hervor, wie sie sich bei der allgemeinen nationalen Anlage und den besondern Bedürfnissen der engeren Kreise gestalteten. Die freien Genossen der Volksgemeinde sind die eigentlichen Träger der öffentlichen Gewalt; der Unfreie ist außer dem Volksrechte gestellt, ohne politische Berechtigung. Jene aber treten im Thing zusammen, und verhandeln hier ihre Angelegenheiten, — bald nach kleineren Bezirken, wie das Interesse der Familie, der Mark, des Gaus es erheischt; bald in größeren Versammlungen, welche in wichtigen Fällen den ganzen Stamm darstellen können. Doch ist auch unter den Freien keine völlige Gleichheit: das Ansehen des Hausvaters, des Hofbesitzers mit einer selbständigen Berechtigung am Gemeindeland mußte sich unter natürlichen Verhältnissen von selbst geltend machen; für gemeinschaftliche Opfer und andere religiöse Handlungen konnten Priester nicht entbehrt werden; es zeigen sich früh einzelne hervorragende Geschlechter mit einer bevorzugten Stellung in der Gemeinde und bei den Versammlungen, ja selbst das Königthum, wie man die beschränkte Macht der Stammeshäuptlinge zu nennen pflegt, ist schon zu Tacitus Zeiten bei den meisten Völkerschaften hergebracht. Aber wenigstens bei denen, welche frühe zu festen Sitzen gekommen waren und sich unvermischt mit den Römern erhielten, blieb die gemeine Freiheit doch der eigentliche Mittelpunct und Kern der Verfassung. So war auch die Handhabung des Rechts bei der Gemeinde, welche den Volksfrieden zu schützen hatte; nur

griff sie nicht in regelmäßiger Wirksamkeit ein, sondern überwachte und leitete hauptsächlich, so gut es ging, die Fehden der einzelnen Genossen, die aber seltner mit Waffen als mit Eiden ausgekämpft wurden, und in der Zahlung einer Buße an den Verletzten regelmäßig ihre Erledigung fanden. Doch erhob sie vom Friedbrecher in selbständiger Berechtigung auch noch das Fredum, und wer sich direct an der Gesammtheit verging, den traf die Strafe des Verräthers. Im Felde wird aber überhaupt ein strengeres Kriegsrecht gegolten haben.

In dieser Lage blieben die im heutigen Deutschland angesessenen Volksstämme, (denn nur mit diesen haben wir es hier zunächst zu thun) bis zwei Ereignisse eintraten, welche zu einander in naher Beziehung stehend, einen welthistorischen Einfluß auf sie ausübten: ihre Bekehrung zum Christenthume und ihre Einverleibung in die fränkische Monarchie. Die christliche Religion, für welche gerade bei den Germanen die größte Empfänglichkeit vorhanden war, hat sie befähigt, an der allgemeinen Entwicklung der abendländischen Cultur Theil zu nehmen, und überhaupt auf das Rechtswesen bedeutungsvoll einwirkend, vor Allem in der eigenthümlichen Stellung der Geistlichkeit ein neues Element der Verfassung hervorgerufen. In der fränkischen Monarchie aber kamen die Deutschen unter die Gewalt des auf dem eroberten römischen Boden entwickelten Königthums, welches die Souverainität der einzelnen Volksstämme und ihrer Herzöge beschränkte, und sie zu einer, wenn auch nur äußerlichen politischen Einheit zusammenführte, in der sich schon ein geordnetes Staatsleben geltend machte. Karl's des Großen Sieg über die Sachsen bildet den Wendepunct in dieser Periode der deutschen Geschichte, wie denn überhaupt die Bedeutung des fränkischen

Einflusses sich am Entschiedensten in der Regierung dieses gewaltigen Fürsten darstellt, dessen Schöpfungen die sicherste Gewähr der Dauer in sich trugen, weil sie dem Geiste der Zeit und wahrhaft nationalen Bedürfnissen entsprachen.

Um nun die Stellung der Deutschen in der fränkischen Monarchie richtig aufzufassen, muß die eigenthümliche Lage der öffentlichen Verhältnisse gehörig gewürdigt, und namentlich der Gegensatz, in welchem sich die rein deutschen Stämme zu den in den römischen Provinzen angesiedelten befanden, bestimmt hervorgehoben werden. Die letzteren, als deren Repräsentanten die in Gallien ansässig gewordenen Franken genommen werden können, waren früh christianisirt, der äußern Cultur und mancher Verwaltungsformen der Provinzialen theilhaftig geworden; sie waren ferner, was besonders zu erwägen, zum großen Theile aus Gefolgschaften hervorgegangen, und deswegen geneigt, in ein bestimmtes Dienstverhältniß zum Könige zu treten, welches dem ursprünglichen Princip der gemeinen Freiheit, wenn auch nicht geradezu widerstrebte, doch wesentlichen Abbruch that. Dieses tritt daher bei den Franken allmälig zurück, und die hohe Geistlichkeit und die vornehmen Dienstmannen, in der Reichsversammlung vereinigt, erscheinen neben dem Könige als der politisch berechtigte Theil der Nation. Als nun nach und nach die in Deutschland gebliebenen Völkerschaften unterworfen, und den Franken als freie Genossen zugesellt wurden, so kam zu dem fränkischen Dienstmannenrecht, welches schon das Lehenwesen im Keime in sich trug, die alte germanische Volksfreiheit hinzu, welche in der Heimath treu bewahrt worden war. Daraus ergab sich nun ein doppeltes Element der Verfassung, welches wir unter den ersten Karolingern, und namentlich unter Karl dem Großen

gleichmäßig gewahrt sehen. Das fränkische Element überwog, wo es sich von allgemeinen Reichsangelegenheiten handelte, und das eigentliche Staatsprincip zur Frage stand; namentlich die Reichsversammlung und die Stellung der königlichen Beamten war darauf basirt. Die Volksfreiheit dagegen blieb mit voller Wirksamkeit in den engeren Kreisen der Stämme, Provinzen und Gemeinden bestehen, nur daß ein königlicher Beamter die formelle Leitung hatte und namentlich den Bann (das imperium) handhabte; ja mit einer großartigen Consequenz hatte Karl das Kriegswesen auf die Volksbewaffnung (den Heerbann) zurückgeführt.

Bei dieser Verfassung war nun allerdings schon ein energisches Eingreifen der höchsten Gewalt in der Monarchie möglich, und unter kräftigen Herrschern kommt es auch mit entschiedenem Erfolg vor. Es wurden allgemeine Reichsgesetze von großer Bedeutung erlassen; die Verwaltung, nach bestimmten Regeln geordnet, war schon vielfach im Interesse des öffentlichen Wohles thätig; die öffentlichen Strafen mehrten sich; die Rechtspflege trat der Privatgewalt der Einzelnen bestimmter gegenüber, und das Fehdewesen ward beschränkt. Doch führte dieß zu keiner Unterdrückung des alten Volksrechts, weil sich dasselbe in den engeren Kreisen des öffentlichen Lebens frei bewegen durfte. Kein Gesetz ist unter Karl dem Großen für einen einzelnen Volksstamm ohne dessen Zustimmung erlassen worden; auf den Provinziallandtagen, in den Versammlungen der Gaue, Hunderte und Gemarkungen wurden noch immer die Geschäfte von den freien Eingesessenen selbständig abgemacht. Auch die Rechtspflege lag in ihren Händen, denn die Quelle des Rechts war noch die Ueberzeugung der Gemeinde: gesetzliche Verfügungen kommen nament-

lich für das Privatrecht nur selten vor. Aber eine große, lebhaft bewegte Versammlung, bei der kein parlamentarisch geordneter Geschäftsgang angenommen werden darf, paßt nicht für eine sich regelmäßig wiederholende richterliche Thätigkeit; es kommt nur darauf an, daß diese unter der Aufsicht und Billigung der Gemeinde geübt werde. Daher findet sich schon frühe, daß nach Verhandlung der Sache, die in lebendiger Rede und Gegenrede vor sich ging, Einer oder Mehre der Genossen das Urtheil einsetzten, welches bestehen blieb, wenn die Uebrigen (der Umstand) es nicht verwarfen. Auf diesem Princip beruhte auch die sogenannte Karolingische Schöffenverfassung, indem unter Leitung eines Sendboten von dem Grafen und seiner Gemeinde bestimmte Personen aus dieser für die Dauer erwählt wurden, um vorstimmend das Urtheil zu finden, was denn in den gebotenen Gerichten, wo die Gemeinde nicht gegenwärtig zu seyn brauchte, als eine wahre Jurisdiction sich darstellen mußte.

Auf diese Weise schien für einen großen Theil des Abendlandes eine Staatsform gefunden zu seyn, welche die verschiedenen Völkerschaften, durch gemeinschaftliche Abstammung und das Band des Christenthums unter einander verbunden, auf die Dauer zu einem Staatsganzen vereinen, und ihnen doch zugleich die ihrer Eigenthümlichkeit entsprechende Freiheit der Bewegung gewähren könne. Aber als Karl's starke Hand nicht mehr über das Reich waltete, da zeigte sich doch bald, wie äußerlich die Einheit desselben gewesen war; die Nationalität der Deutschen trat immer entschiedener im Gegensatz zu der der Romanen hervor, und mußte über kurz oder lang eine Trennung herbeiführen. Mit der Auflösung der fränkischen Monarchie hörte jedoch nicht der Einfluß auf, den sie

auf den Charakter und die Staatsbildung der Deutschen ausgeübt hatte. Manches ward freilich leicht wieder ausgestoßen: so die isolirten Vorschriften des römischen Rechts, welche in die Gesetze einzelner Volksstämme übergegangen waren; auch das Fehdewesen war bald wieder mehr im Schwange. Aber viele und wichtige Einrichtungen blieben als die Grundlage der weiteren Entwicklung im Mittelalter bestehen. Dahin ist, wenigstens theilweise, das Recht der Kirche zu zählen; desgleichen die Grafengewalt, die Schöffenverfassung und das Lehenwesen. Doch hat das Letztere in Deutschland, wo das Princip der gemeinen Freiheit lange noch festgehalten ward, nie die tief eingreifende Bedeutung erhalten, wie bei den romanischen Völkern und namentlich den Franzosen; es ist oft nur die äußere Form für Verhältnisse geworden, die einen selbständigen Charakter hatten, und sich diesem gemäß entwickelten.

Mit dieser Ausrüstung nun begannen die Deutschen nach dem Ausgang der Karolinger ihr selbständiges politisches Leben. Anfangs schien es freilich zweifelhaft, ob es nur zu einer dauernden Vereinigung der wichtigsten Volksstämme kommen werde; denn diese, die Franken, Schwaben, Sachsen und Baiern, standen noch in schroffer Abgeschlossenheit neben einander; es entwickelte sich unter ihnen wieder die volksthümliche Gewalt des Herzogthums, welches mit dem bloß eine Amtswürde darstellenden fränkischen Ducate nicht verwechselt werden darf, und das Bewußtseyn einer nationalen Einheit war noch nicht allgemein vorhanden. Indessen trat es doch bald hervor, und fand namentlich in den großen Königen der sächsischen Dynastie seine lebendige Vertretung. So bekam Deutschland in dem Königthum einen politischen Mittelpunct,

und der Glanz desselben ward noch wesentlich durch die damit verbundene Kaiserwürde erhöht. Aber die Deutschen haben die Ehre, daß ihr König an der Spitze der Christenheit stand, auch theuer bezahlen müssen; es lag darin für sie ein wesentliches Hinderniß, zu einer fest bestimmten Staatseinheit zu gelangen; die besten Kräfte, welche auf deren Pflege hätten verwandt werden können, gingen in Italien verloren, oder wurden doch im Kampfe mit dem Papstthume verzehrt. Die fränkischen Kaiser und die Hohenstaufen wußten freilich noch das Reich in seiner Einheit zusammen zu halten und zu vertreten; aber der Trieb nach Vereinzelung, der von jeher bei den Deutschen stark war, fand doch in dem eigentlichen Nationalsinn und in den Formen der Verfassung kein entsprechendes Gegengewicht, und so konnte es geschehen, daß, als die Stammesverschiedenheit sich mehr zu verwischen begann, in der Territorialität dem gemeinen Wesen ein noch gefährlicherer Feind erwuchs. Ein solcher Umwandlungsproceß, der im Innern einer Nation vor sich geht, läßt sich nur in seinen allmäligen Uebergängen historisch verfolgen und begreifen; doch kommen wohl bestimmte Epochen vor, in denen es wenigstens deutlich hervortritt, nach welcher Seite hin sich unter den im Kampf begriffenen Gegensätzen der Sieg neigen wird. Für Deutschland war die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts eine solche Zeit der Entscheidung, in welcher die spätere Geschichte der Nation ihre bestimmte Richtung erhielt; es ist daher angemessen, bei der Betrachtung des deutschen Rechts im Mittelalter hier einen Abschnitt zu machen, um den eigenthümlichen Charakter der verschiedenen Perioden gehörig feststellen zu können.

Bis zu jener Zeit nun kommt es im deutschen Rechtswesen hauptsächlich noch auf den Gegensatz zwischen Freiheit

und Unfreiheit an. Jene entspricht im Wesentlichen noch dem in der alten Volksverfassung gewährten Rechte, nur daß an dem allgemeinen Reichsregiment nicht alle Freien Theil nehmen konnten; insofern bildete sich früh eine Abstufung der politischen Berechtigung, welche man in die Formen des Lehenwesens brachte. Aber eine Verschiedenheit der Stände im späteren Sinne ward dadurch nicht begründet; auch der Gemeinfreie nahm sein Recht nur von seinen Genossen, vor einem unter dem Königsbann gehegten Gerichte, dem auch, wenn nicht besondere Verhältnisse in Betracht kamen, die Herren aus den ersten Geschlechtern unterworfen waren. Wer von einem andern als dem Könige ein Lehen annahm, der erniedrigte freilich seinen Heerschild, und trat in seinem Range zurück; aber das Lehenrecht selbst enthielt doch im Allgemeinen ganz gleichmäßige Bestimmungen, und in dem Landrecht war das gemeine Recht der Freien enthalten, welches noch in allen Fällen zur Anwendung kam, die nicht speciell unter dem Lehenrecht standen, ja noch im 12. Jahrhundert zuweilen gegen dessen Principien aufrecht erhalten ward. Nimmt man nun dazu die beschränkte Erblichkeit der deutschen Lehen, welche nicht an die Seitenverwandten kamen, und sieht man, wie hoch noch in späten Zeiten das Glück und die Ehre, auf freiem Allod zu sitzen, von den Deutschen angeschlagen wurden, so tritt die Bedeutung des Landrechts mit überwiegender Wichtigkeit hervor. — Für die rechte Kunde und Würdigung dieser Verhältnisse ist uns aus der Zeit Friedrich Barbarossas eine unschätzbare Quelle erhalten worden, — nämlich das Rechtsbuch des Sachsenspiegels, welches nicht bloß das Verständniß der damaligen Zustände eröffnet, sondern auch für die spätere Entwicklung des deutschen Rechts einen festen Anhalt

gewährt hat. Denn es findet sich in diesem Werke nicht bloß das particuläre Recht des sächsischen Volksstammes verzeichnet; der Inhalt desselben ist viel weiter und bedeutender. Es verhält sich nämlich damit also. Die nationale Einheit des deutschen Rechts, welche sich in allen wesentlichen Puncten schon für die ältere Zeit der noch gesonderten Stammesverfassung nachweisen läßt, war während der Vereinigung der einzelnen Völkerschaften in der fränkischen Monarchie und später im deutschen Reich noch erhöht und verstärkt worden; denn das gemeinsame Staatsleben führte auch in anderen Beziehungen zur größeren Einheit zusammen. So stellt sich ein gemeines deutsches Recht, ein Kaiserrecht, dar, welches in seinen Grundprincipien übereinstimmend, zum Theil selbst auf Reichsgesetzen beruhend, für alle freien Reichssassen gleichmäßig zur Anwendung kam. Aber neben diesem gemeinen Land- und Lehenrechte machten sich von jeher eigenthümliche Grundsätze des Rechts der einzelnen Stämme geltend, wodurch jenes modificirt ward und seine besondere Färbung erhielt. Der Sachsenspiegel giebt nun das gemeine Recht, wie es sich bei dem sächsischen Volksstamme besonders gestaltet hatte; seine wesentliche Grundlage war aber durchaus dem ganzen freien Volke gemeinsam, so daß er, auch abgesehen von den Lehren, welche das Reich als Gesammtheit betrafen, für die Bearbeitung des Rechts der andern Stämme benutzt werden konnte. Man mußte dann nur das besondere sächsische Element des Rechtsbuches mit dem Rechte des Stammes, dem es angeeignet werden sollte, vertauschen. Aus einer solchen Ueberarbeitung ist der sogenannte Schwabenspiegel hervorgegangen. Eine ähnliche Operation war nöthig, wenn man das Landrecht, welches sich zunächst auf die Verhältnisse der freien Grundbesitzer

bezog, in ein Stadtrecht umarbeiten, und der eigenthümlichen Entwicklung, welche das städtische Bürgerthum genommen hatte, anpassen wollte.

Dem Recht der Freien stand nun das der Unfreien gegenüber. Diesem aber fehlte das einheitliche Princip, aus welchem es sich selbständig hätte entwickeln können; denn die Stellung des Hörigen zu seinem Herrn gab doch zunächst die Norm des Verhältnisses, so daß Herkommen und Vertrag die verschiedenartigsten Rechtsformen hervorrufen konnten, welche nicht bloß zwischen den entferntesten Gliedern der Kette, den leibeigenen Bauern und den zu Kriegs- und Hofdiensten verwandten Dienstmannen, einen großen Abstand möglich machten, sondern auch in derselben Classe der unfreien Bevölkerung zu einer vielgestaltigen Rechtsbildung führten. Zwar zeigt sich auch hier eine gewisse Regelmäßigkeit der Entwicklung, welche unter gleichen Verhältnissen ziemlich denselben Gang nahm. Das Hofrecht tritt in bestimmten Instituten auf, deren allgemeine Bedeutung leicht erkennbar ist, und welche sich meistens als Nachbildungen freiheitlicher Einrichtungen in schwächeren Formen darstellen; die wichtigsten Institute des Familienrechts, eine Gewere am Grundbesitz, eine Vereinigung in Genossenschaften und Gemeinden fehlte nicht; die mächtigeren Dienstmannen, namentlich der geistlichen Stifter, brachten es schon zu einer Art politischer Berechtigung, und deuteten ihre später eintretende Verschmelzung mit den gemeinfreien Grundbesitzern an, ja sie nahmen wohl gar vor den Geringeren unter diesen, in Folge des Ritterdienstes, des Reichthums und der Macht ihrer Herren, einen Vorzug in Anspruch. Aber das Alles giebt keinen sicheren Anhalt für die genauere Beurtheilung dieser Verhältnisse, welche stets den speciellen Rechtsquellen entnom-

men werden muß. Das ist auch sehr bestimmt von dem Verfasser des sächsischen Landrechts (III. 42.) ausgesprochen worden, indem er sagt:

„Nu ne latet jûk nicht wunderen, dat dit buk so lüttel seget von dienstlûde rechte, went it is so manich valt, dat is nieman to ende komen kan; under jewelkem bischope unde abbede unde ebbedischen (Aebtissin) hebben die dienstlûde sunderlik recht, dar umme ne kan ik is nicht besceiden.“

Dagegen entwickelte sich mit um so größerer Consequenz und Selbständigkeit neben dem gemeinen Landrecht das besondere Standesrecht der Geistlichkeit, nachdem es der römischen Curie gelungen war, der Kirche eine unabhängige Stellung im Staate zu verschaffen, und die geistlichen Gerichtshöfe, von der immer thätiger werdenden päpstlichen Gesetzgebung beherrscht, sich eine weite Competenz verschafft hatten, welche sie stets in ihrem Interesse auszudehnen strebten. — Aehnlich erhoben sich seit dem 11. Jahrhundert die deutschen Städte zu einer selbständigen Bedeutung, und indem sie von dem Gauverbande eximirt, das Landrecht nach ihren besonderen Bedürfnissen autonomisch umbildeten, legten sie den Grund zu einer neuen Rechtsentwicklung, welche sich nicht mehr in den Grenzen der alten Freiheit und Unfreiheit bewegte.

Fragt man nun, wie dieß verschiedenartige Recht in seinen mannichfaltigen Erscheinungen doch mit Sicherheit hat erkannt und angewandt werden können, so läßt sich dieß aus seiner allgemeinen Beschaffenheit, mit welcher die Gerichtsverfassung durchaus übereinstimmte, zur Genüge erklären. Denn es war fast ganz ein Volksrecht, aus den Lebensverhältnissen unmittelbar hervorgegangen, und in seinen Grundzügen wie

in seiner speciellen Gestaltung jedem geschäftserfahrenen Manne bekannt und geläufig, insofern es überhaupt in den Kreis seiner bürgerlichen Thätigkeit eingriff. Daher konnte die alte Schöffenverfassung sich auch noch in voller Wirksamkeit erhalten, und selbst in der Sphäre des Hofrechts sich in verwandten Instituten wiederholen. Die Schöffen, durch Rechtskunde und Erfahrung ausgezeichnet, waren die Vertreter des Volkes in seinen gerichtlichen Functionen, ohne deswegen einen besonderen Stand zu bilden, und eine juristische Geheimlehre zu besitzen, welche nur ihnen zugänglich gewesen wäre. Es war ihr Ruhm und ihre Pflicht, daß sie das Organ für die Ueberzeugung der Gemeinde wurden; gelang ihnen dieses nicht, so mochte ihr Urtheil mit Fug gescholten werden, — gewiß ein schlimmes Ereigniß, welches bei einer Stellung, die wesentlich auf dem Vertrauen der Genossen beruhte, empfindlich gefühlt werden mußte. — Dazu kam noch, daß die freien Landgerichte von Reichs wegen gehegt wurden, unter dem Vorsitz eines Beamten, welcher den Königsbann unmittelbar vom Kaiser empfing, wenn er auch mit seinem Amte, welches regelmäßig die Grafschaft war, oft nur zur zweiten Hand beliehen ward. Das gab dem ganzen Verfahren eine besondere Würde, und erhielt auch die einzelnen Dingpflichtigen in lebendiger Beziehung zur Gesammtheit. Freilich ward dadurch auch in dieser Rechtssphäre nicht immer die Vollziehung der gefundenen Urtheile gesichert; neben dem gerichtlichen Verfahren bestand noch immer das Recht der Selbsthülfe in einer gewissen gesetzlichen Sanction, wodurch die Mächtigen, welchen ihr Rechtsgefühl und die Reichsgewalt nur zu oft keine festen Schranken setzten, zu den schlimmsten Gewaltthaten hingerissen wurden. Aber das lag doch zunächst in dem allgemeinen Charakter der Zeit,

welche sich noch nicht zu einem vollkommen geordneten Staatswesen erheben konnte, zum Theil freilich auch in dem Verhängniß der größten Kaiser und namentlich der Hohenstaufen, ihre besten Kräfte im Kampfe mit dem Papstthum und in Italien verzehren zu müssen.

Wenden wir uns nun nach dieser kurzen Betrachtung des Rechtszustandes, welcher sich in Deutschland bis zum 13. Jahrhundert findet, zu der weiteren Entwicklung desselben in den späteren Zeiten. Dabei ist vor Allem der Umstand hervorzuheben, daß während bei fast allen andern europäischen Völkern Alles auf die Ausbildung einer bestimmten Nationalität und einer in der Erbmonarchie dargestellten Staatseinheit hinstrebte, in Deutschland die Kraft und Bedeutung der Reichsgewalt immer mehr abnahm, und das Gemeinsame und Nationale vor dem Particularismus entschieden zurücktrat. Die letzten Hohenstaufen, durch Parteiungen und fremde Interessen, die sich in die Nation eingeschlichen hatten, so vielfach gehemmt, waren schon nicht mehr die Herren dieser Bewegung; aber in ihnen war doch noch das lebendige Bewußtseyn von der Würde und Macht des alten Kaiserthums. Ihre Nachfolger, ohne höheren Schwung und großartige Begabung, an eigener Macht den schnell erstarkten Landesherrn kaum gewachsen, nur durch Wahl im persönlichen Besitz des Thrones, faßten ihre Stellung unter einem weit beschränkteren Gesichtspuncte auf. Das Kaiserthum verlor dadurch die Höhe seiner nationalen Bestimmung; es ward, statt die Einheit und Majestät des deutschen Volkes würdig zu vertreten, mehr eine äußere Zierde, eine persönliche Machtvermehrung, ein Mittel für den Inhaber, sich egoistisch eine blühende Hausmacht zu begründen. Selbst einzelne bedeutendere Erscheinungen, wie

Heinrich VII. mit seiner deutschen kaiserlichen Gesinnung, ziehen nach kurzem Glanze spurlos vorüber; das deutsche Reich hört auf, der Mittelpunct der deutschen Geschichte zu seyn, und die einzelnen Theile treten in selbständiger Bedeutung an die Stelle des Ganzen.

Hier sind nun zunächst die vornehmen Geschlechter zu erwähnen, welche durch Geburt und Macht unter den Gemeinfreien hervorragend, auf die Angelegenheiten des Reichs den entschiedensten Einfluß gewannen, und demselben gegenüber eine selbständige Territorialgewalt begründeten. Sie zogen vor Allem Vortheil aus dem Sturz der großen Stammesherzogthümer, welche noch eine Art Vermittlung zwischen dem Kaiser und den Reichsangehörigen gebildet hatten; die großen Reichsämter, und namentlich die Grafschaft, welche sie, nachdem die Bischöfe dem Sonderinteresse der Kirche ausschließlich gewonnen waren, fast ohne Ausnahme verwalteten, wurden der eigentliche Kern für ihre politische Berechtigung. Denn indem dieselben nach den Grundsätzen des Lehenrechts verliehen wurden, verwandelten sie sich in einen erblichen Besitz, und erhielten den Charakter einer selbständigen Gewalt, welche auf Kosten des Reichs immer mehr erweitert ward, so daß die meisten Gemeinfreien in die Pflege der Landesherrn kamen, und die letzteren schon wichtige Regalien im eigenen Namen ausüben konnten. An diese öffentliche Gewalt setzte sich nun Alles an, was zur weiteren Ausbildung der Hausmacht dienen konnte: lehensherrliche und voigteiherrliche Rechte und dazu die großen Grundherrschaften, welche in dem echten Eigenthume ihrer Inhaber waren. Allein diese verschiedenen Rechte bestanden doch ursprünglich nur neben einander, und gaben den weltlichen Großen (denn bei den geistlichen verhielt

es sich anders) keine Sicherheit der vollkommenen Concentration und der Dauer, so lange ihre Familien dem gemeinen Land- und Lehenrecht unterworfen waren. Daher entwickelte sich allmälig auf dem Wege der Autonomie das besondere Familienrecht des hohen Adels, welches das Haus in seiner genossenschaftlichen Gestaltung als selbständiges Rechtssubject erscheinen läßt, dem sich das Sonderinteresse der einzelnen Mitglieder fügen muß, — eine Rechtsbildung, welche zuletzt in den Primogeniturordnungen zum Abschluß kam.

Allein nicht alle Reichsangehörigen wurden der Territorialgewalt der Landesherrn unterworfen. Ein großer Theil derselben trug noch das starke Bewußtseyn deutscher Reichsfreiheit in sich, und war keineswegs geneigt, sich derselben zu begeben. Dahin gehörten die mächtigeren Städte, denen es gelang, die landesherrliche Voigtei fern zu halten oder wohl auch, wenn sie begründet war, von sich abzuschütteln; ferner einige gemeinfreie Landcommünen; endlich die alten freien Geschlechter, welche von jeher nur dem Reichsbanner gefolgt waren, nur kaiserliche Gerichte besucht hatten, und die Fürsten als ebenbürtige, wenn auch bevorzugte Genossen ansahen. Einzeln waren diese alle freilich nicht im Stande, sich eine selbständige und gesicherte Stellung zu verschaffen, und in dem Kaiserthume fanden sie auch nicht den gehörigen Anhalt; aber indem das Gleichartige sich genossenschaftlich zusammen schloß, und seinem besonderen Zwecke diente, entstanden allenthalben Associationen, Eidgenossenschaften, Städte- und Adelsbündnisse, welche ihren Schwerpunct und ihre Haltung vor Allem in sich selbst suchen mußten, und oft, je kräftiger sie sich entwikkelten, dem Reiche fast ganz entfremdet wurden. Doch war in diesen Elementen, welche noch zu Ende des 15. Jahrhun-

derts in voller Kraft bestanden, offenbar ein hinreichender Stoff vorhanden, um eine politische Regeneration Deutschlands im nationalen Interesse zu verwirklichen, zumal wenn auch die Reichsfürsten geneigt wurden, von ihrer Territorialgewalt etwas aufzuopfern, um dafür eine würdige Stellung in einem großen einheitlichen Staatsverbande einzutauschen. Und in der That findet sich, daß von den Reichsständen selbst, unter Leitung eines patriotischen Mannes, des Churfürsten Berthold von Mainz, ein solcher Versuch unternommen worden ist. Aber weder Friedrich III. noch Maximilian I. waren geneigt, sich an die Spitze dieser Bestrebungen zu stellen, welche doch auch zunächst nur bezweckten, ein aristokratisches Reichsregiment in kräftiger Haltung an die Stelle des schwachen Kaiserthums zu setzen, ohne dem Werk eine breite, volksthümliche Basis zu geben. So scheiterte dieser Plan, und nur die Aufregung des reichsfreien Adels, der Mißmuth der Städte, die schrecklichen Bauernkriege zeigten, wie tief die Bewegung und das Bedürfniß einer politischen Reform in der Nation gewesen waren. Inzwischen kam die kirchliche Reformation zum Durchbruch, und zog fast alle Kräfte und alles Interesse an sich; aber auch sie ward nicht als ein gemeinsames, nationales Werk durchgeführt, und vollendete die innere Zerrüttung und Zersplitterung Deutschlands, welches nun bloß in seinen einzelnen Territorien die Form des modernen Staates auszubilden vermochte. Doch währte es auch hier lange, bis sich die verschiedenen Elemente der landesherrlichen Gewalt zu dem bestimmten staatsrechtlichen Begriff der Landeshoheit consolidirten. Denn die Rechte der einzelnen Districte und der nach Ständen geschiedenen Bevölkerung konnten in demselben Lande sehr von einander abweichen, und es war nicht bloß die au-

tonomisch abgeschlossene Stellung des regierenden Hauses, sondern auch die Vereinigung der einzelnen politisch berechtigten Stände zur landständischen Corporation nöthig, um eine Territorialeinheit zu begründen. Wo das Eine oder das Andere fehlte, da blieb die Verbindung meistens eine sehr zufällige und lose, und griff nicht tief in das particuläre Rechtsleben ein, welches überhaupt noch vorzugsweise in den einzelnen Genossenschaften und Gemeinden concentrirt war.

Werfen wir nach dieser allgemeinen Betrachtung nun einmal einen prüfenden Blick auf den Rechtszustand, welcher am Schluß des Mittelalters in Deutschland begründet war. Der alte Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit hatte sich verwischt; nur die einer Grundherrschaft frohnenden Bauern galten noch für Hörige: in der landsässigen Ritterschaft, der städtischen Bürgerschaft und dem voigteipflichtigen Landvolk waren aus freien und unfreien Elementen gemischt neue Rechtsbildungen erwachsen, welche wir als Stände bezeichnen. Denn entsprechend den verschiedenen Kreisen des öffentlichen Lebens, in denen sich jetzt die Nation, ohne von einem gemeinschaftlichen Princip beherrscht zu werden, bewegte, bildeten sich auch für dieselben besondere Rechte und Vorrechte aus. Voran das Standesrecht des hohen Adels, in verschiedenen Formen, aber im Wesentlichen doch gleichartig durch die Familienautonomie ausgeprägt; dann in eigenthümlicher Haltung das Recht der landsässigen Ritterschaft, für welche, wie für die reichsfreien Geschlechter, welche es nicht zur Reichsstandschaft brachten, die autonomische Beliebung der einzelnen Familie freilich keine volle Geltung hatte, welche aber in den Principien der alten Allodialsuccession, des Lehenrechts und in den Statuten und Observanzen der neu entstandenen genossenschaft=

lichen Verbindungen einigen Ersatz fanden; in freien Landcommünen die alte Sitte und das alte Recht; unter den hörigen und voigteipflichtigen Landleuten ein durch Herkommen und Vertrag sehr verschiedenartig gestaltetes Bauernrecht mit beschränkter Freiheit des Eigenthums und, bei ersteren wenigstens, auch der Personen; in den Städten ein auf der Herrschaft des Verkehrs und des beweglichen Vermögens basirtes Statutarrecht, welches die überwiegende Bedeutung des Grundbesitzes und die strengen Familienbande in den freieren Organismus der Gemeinde hatte aufgehen lassen; für die Geistlichkeit endlich das römisch-canonische Recht in der Verarbeitung der Canonisten, auf welches das deutsche Volksrecht nur noch einen sehr geringen und sehr indirecten Einfluß ausübte. — Betrachtet man diese so mannichfach gestalteten Rechtsformen, wie sie ohne einen bestimmten gemeinsamen Anhalt unter dem Einfluß der Stammesverschiedenheit, der territorialen Trennung und der gesonderten Standesinteressen aus dem bewegten Volksleben hervorgegangen sind: so muß man allerdings die Energie des schaffenden Triebes in der Nation bewundern; aber die Befürchtung liegt auch nahe, daß Alles ohne einheitliche Principien aus einander gefahren sey, und daß eigentlich von einem gemeinsamen deutschen Rechte gar nicht mehr die Rede seyn könne.

In der That läßt es sich auch nicht verkennen, daß mit der Schwächung des Kaiserthums und mit dem allmäligen Zurücktreten der gemeinen Freiheit, welche als der eigentliche Kern des älteren deutschen Rechts erscheint, die wichtigsten Stützen für die gemeinsame Entwicklung desselben gefallen waren, und daß sich statt dessen, der politischen Lage des Reichs entsprechend, eine krause Mannichfaltigkeit der äußeren Formen

gebildet hatte. Allein man darf dieser Erscheinung, so bedeutungsvoll sie auch war, doch auch kein zu großes Gewicht beilegen. Denn der Einfluß der Stammesverschiedenheit war nicht mehr von solchem Belang wie früher; die Zersplitterung in einzelne Territorien, welche zum Theil ganz zufälligen Umständen ihre Entstehung verdankten, hatte auf die Rechtsbildung noch nicht wesentlich eingewirkt, da eine Landesgesetzgebung noch so gut wie gar nicht bestand, und die unmittelbare Entwicklung des Rechts im Volke auf dem Wege der Gewohnheit und der Autonomie im Ganzen unabhängig von der Territorialität vor sich ging. Desto nachhaltiger war dagegen allerdings der Einfluß geworden, welchen die im späteren Mittelalter schroff ausgebildete Sonderung der Stände auf das Rechtswesen ausgeübt hatte, indem nur für die einzelnen Classen der Bevölkerung gleichartige Institute galten, welche wieder in dem statutarischen Recht der einzelnen Corporationen ihre genauere Bestimmung erhielten. Indessen ist dabei auch nicht zu übersehen, daß die Grundlage in dem Recht der verschiedenen Stände doch etwas Gemeinsames und Nationales war, welches bei aller Mannichfaltigkeit im Einzelnen einen gewissen innern Zusammenhang bewahrte, und das Verständniß des Rechts auch über den nächsten Lebenskreis hinaus, in dem sich jeder bewegte, ausnehmend befördern mußte. Denn so schroff, wie in früheren Zeiten die Freiheit und Unfreiheit, standen sich jetzt doch die Principien, welche das Recht der einzelnen Stände beherrschten, nicht mehr gegenüber, wenigstens nicht in denjenigen, welche eben aus einer Vermischung jener älteren Volksclassen hervorgegangen waren, also bei der landsässigen Ritterschaft, den Stadtbürgern und den voigteipflichtigen Landleuten. Und je mehr in der allmäligen Ent-

wicklung des modernen Staatsbürgerthums diese ständischen Gegensätze sich verwischten und zur Ausgleichung kamen, desto entschiedener mußte wieder das Gemeinsame, dem alten Landrecht vergleichbar, hervortreten und zur Geltung gelangen, was denn für die einheitliche Entwicklung des deutschen Rechts, wenn sie ungehindert hätte vor sich gehen können, sehr förderlich gewesen wäre. Dazu kam, daß es auch nicht an äußeren Hülfsmitteln fehlte, welche selbst im späteren Mittelalter auf die äußere Gleichmäßigkeit der Rechtsbildung nachhaltig einwirkten; man braucht bloß an die große und allgemeine Verbreitung der Rechtsbücher und an die tief eingreifende Thätigkeit der bedeutenderen Oberhöfe zu denken, welche, auch wenn sie nicht zu den noch bestehenden kaiserlichen Hof- und Landgerichten gehörten, eine sehr ausgebreitete Competenz hatten.

Bei dieser Lage der Sachen wird es nur natürlich erscheinen, daß in den engeren Kreisen des öffentlichen Lebens, und namentlich in den Genossenschaften und Gemeinden, welche sich im Allgemeinen, soweit nicht Voigtei- und Hörigkeitsverhältnisse einwirkten, der freiesten Bewegung erfreuten, die volle Anschauung des sie betreffenden Rechts noch in dieser Periode vorhanden war. Konnte es auch in einer vielbewegten, gewaltigen Zeit nicht fehlen, daß manche Verhältnisse sich verwirrten und sich nicht allenthalben zu einer festen Ordnung durchzubilden vermochten, so sind das doch nur vereinzelte Erscheinungen, welche, wenn sie nicht die Reichsverfassung betrafen, die allerdings im Argen lag, — ein allgemeines Urtheil nicht bestimmen dürfen. Namentlich hatte sich die alte Gerichtsverfassung, insofern sie auf dem Schöffenthum gebaut war, im Wesentlichen erhalten, und wirkte noch wie früher fort, wenn auch der Königsbann zum großen Theil in die

Hände der Landesherrn übergegangen war. So fand das Recht in den Volksgerichten noch sein natürliches Organ, durch welches es auf eine dem Bedürfniß entsprechende Weise gehandhabt ward. Man braucht nur die Schöffenurtheile und Weisthümer aus dem 15. und dem Anfang des 16. Jahrhunderts, von denen gerade in neuester Zeit manche interessante Sammlungen veröffentlicht sind, zu betrachten, um sich zu überzeugen, wie lebendig das Recht noch im Volke war, und mit welcher Sicherheit und Gewandheit die Schöffen es anzuwenden wußten. Denselben Eindruck machen die zahlreichen Statute, welche namentlich aus dem 15. Jahrhundert erhalten worden sind, und welche es bezeugen, daß man wichtige Institute des geltenden Rechts klar und bestimmt aufzufassen und festzustellen wußte. — Aber diesen erfreulichen Erscheinungen ist doch auch kein zu hoher Werth beizulegen; denn sie beweisen nur, daß das deutsche Volksleben in seiner corporativen Vereinzelung noch eine kerngesunde Natur hatte, und daß es in dieser Beschränkung seine Tüchtigkeit bewährte. Ist es nun eine alte Wahrheit, daß die Gesundheit eines organischen Wesens nicht bloß von der Beschaffenheit der einzelnen Glieder, sondern vor Allem von dem Gesammtorganismus und dessen Befinden abhängt, und daß hier der eigentliche Sitz der Lebenskraft ist; so kann auch der damalige Zustand des deutschen Volkes, dessen Reichsverfassung ganz und gar zerrüttet war, unmöglich sich als befriedigend herausstellen. Es fehlte ja eben, wie wir gesehen haben, an einem festen politischen Mittelpuncte, an welchen sich die nationale Entwicklung hätte ansetzen können; bei Kaiser und Reich war nicht die gehörige Macht, um Recht und Ordnung kräftig zu schützen; jeder Theil sorgte zunächst für sich selbst, und war, wollte er

nicht dem Mächtigeren unterliegen, auf die eigene Faust und den Beistand seiner Genossen angewiesen. So standen die einzelnen Stände, Fürsten, Bündnisse und Corporationen einander drohend gegenüber und der Fehden und Vergewaltigungen wurde kein Ende.

Es war aber überhaupt die Zeit des 15. und 16. Jahrhunderts eine Uebergangsperiode von einer solchen Bedeutung, wie sie selten in der Weltgeschichte vorgekommen ist. Das Mittelalter hatte sich überlebt; der Geist des classischen Alterthums war über das germanische Wesen gekommen, und rief die Cultur der modernen Welt hervor. Das Feudalwesen und die corporative Beschränkung entsprachen der politischen Aufgabe der abendländischen Völker nicht mehr, welche in ihrer weiteren Entwicklung die Verwirklichung des höheren Staatsprincips anstrebten. Im Rechte aber waren überhaupt tief eingreifende Reformen unabweisbar geworden, welche nur von der bewußten Kraft einer großartigen Gesetzgebung durchgeführt werden konnten. Nicht bloß das Fehdewesen und die Unsicherheit der Urtheilsvollstreckung war zu beseitigen; dem Kirchenrecht stand eine völlige Umänderung bevor; auch das Strafrecht verlangte eine neue Gestaltung; der Proceß, zum Theil mit unnöthigen Formalitäten überhäuft, war auf einfachere Grundsätze zurück zu bringen, und das ganze Beweisverfahren mußte eine andere Grundlage erhalten, da Gottesurtheile und Eideshelfer der juristischen Ueberzeugung nicht mehr genügten. Sollte es aber überhaupt zu einem einheitlichen Staatswesen in Deutschland kommen, so mußte auch das Privatrecht in seiner regellosen Mannichfaltigkeit beschränkt und auf einfachere Formen zurückgeführt werden. Denn man konnte sich dann nicht mehr damit begnügen, daß in den klei-

neren Kreisen des öffentlichen Lebens jeder sein specielles Recht genau kenne; auch für den Gesetzgeber und die höchsten Gerichts- und Verwaltungsbehörden war dieselbe Kunde unerläßlich, und überdieß giebt es ja manche Institute, deren Geltung sich nicht auf bestimmte, enge Grenzen beschränken läßt, welche vielmehr, namentlich bei dem erweiterten Verkehr, eine allgemeinere Theilnahme in Anspruch nehmen und deswegen eine gemeinsame Feststellung verlangen. Freilich wird ein gesundes Volksleben selbst in dieser Beziehung schon das Meiste thun, und auch die Wissenschaft kann wesentlich zur größeren Vereinfachung und zu einer principienmäßigen Beherrschung des Rechtsstoffs beitragen; aber auch die Gesetzgebung muß sich dabei thätig zeigen, namentlich wenn es darauf ankommt, positive Hindernisse und unorganische Gestaltungen, welche gegen die freie Entwicklung einen hartnäckigen Widerstand leisten, zu beseitigen.

Obgleich nun, wie früher gezeigt worden, die Reform der deutschen Reichsverfassung im Geiste des nationalen Bedürfnisses mißlungen ist, so ward doch Einzelnes von der so eben angedeuteten Aufgabe der damaligen Zeit gelöst. Das Fehdewesen ward durchaus verboten, für die Rechtssicherheit überhaupt durch die Einsetzung des Reichskammergerichts gesorgt; das Strafrecht neu geordnet, das Beweisverfahren, wenigstens in Criminalsachen, wenn auch nicht glücklich, so doch nach bestimmten Principien festgestellt. Aber freilich blieb dieß Alles ein morscher, unvollendeter Bau, in dem für ein großes, nationales Volksleben keine sichere Stätte war, und der auch bald im Vergleich mit der weiteren Entwicklung der Territorialverfassung fast alle Bedeutung verlor. Es trat aber außerdem noch ein Ereigniß ein, welches auf das deutsche Rechts-

wesen einen ganz außerordentlichen Einfluß ausgeübt, und dessen eigenthümliche Gestaltung in der neueren Zeit vorzugsweise bestimmt hat. Das ist die Aufnahme des römischen Rechts, von welcher hier etwas umständlicher gehandelt werden muß.

Schon früher, als die Germanen den großen Kampf gegen die Römer siegreich beendigt hatten, und mit ihnen durch die Eroberung in dauernde Verbindung getreten waren, machte sich der Einfluß des römischen Rechts auf die Sieger geltend. Doch war dieß nur für die romanischen Völker, welche ja gerade aus einer Mischung germanischer und römischer Elemente hervorgingen, von dauernder Wirkung; den rein deutschen Stämmen blieb jenes Recht fast ganz fern, und wenn ausnahmsweise einzelne Sätze desselben bei der Aufzeichnung der Volksrechte oder durch die Capitularien der fränkischen Könige ihnen zugekommen waren, so stießen sie dieselben doch nach der Auflösung der großen fränkischen Monarchie wieder von sich. Selbst die Geistlichkeit, welche doch schon frühe vorzugsweise auf das römische Recht als ihr Personalrecht hingewiesen war, scheint dasselbe bis ins 12. Jahrhundert in Deutschland so gut wie gar nicht gebraucht zu haben, was aus der geringen Kenntniß, die man davon hatte, und aus der größeren Unabhängigkeit, deren sich die deutsche Kirche bis dahin erfreute, sehr wohl erklärt werden kann. Seit Gregor VII. entwickelte sich die Herrschaft der römischen Curie über dieselbe freilich sehr schnell, und als spätere Päpste, namentlich Innocenz III, gestützt auf das wieder mehr zugänglich gewordene römische Recht, eine umfassende kirchliche Gesetzgebung in den Decretalen begründeten, und besonders auch ein eigenthümliches Verfahren für die geistlichen Gerichte aus-

bildeten, so konnte es freilich nicht anders kommen, als daß auch die deutsche Kirche dem römisch-canonischen Rechte, wie es sich in den Decretalen, der Praxis der Gerichtshöfe, namentlich der **Rota romana**, und den Schriften der Decretisten entwickelte, unterworfen ward. Aber auf die Rechtsverhältnisse der Layen hatte das ursprünglich keinen unmittelbaren Einfluß; nur die rein geistlichen Sachen, z. B. die Eheverbote wegen Verwandschaft, wurden allgemein davon berührt. Sonst galt noch im 13. Jahrhundert der Grundsatz, welcher gerade im Gegensatz zu einem Gesetze Innocenz III. in den späteren Recensionen des Sachsenspiegels ausgesprochen ist:

„Wende de paves ne mach nen recht setten, dar he unse lantrecht oder lenrecht mede erger."

Indessen konnte es doch nicht fehlen, daß der große Einfluß der Geistlichkeit ihrem Standesrechte eine gewisse, wenn auch anfangs sehr beschränkte Einwirkung auf das Recht der Layen bereitete, sey es nun, daß ein solches Uebergreifen im besonderen Interesse der Geistlichkeit unmittelbar von ihr erstrebt ward, oder daß die Anerkennung gewisser Grundsätze für sie auch wiederum die Geltung derselben für die Layen zur Folge hatte. Aus dem ersteren Grunde erklärt sich die frühe Verbreitung der dem römischen Recht nachgebildeten letztwilligen Verfügungen, weil dadurch die den Geistlichen so wichtigen Seelgeräthe auf dem Todtenbette möglich wurden, und sich zugleich für das in den Städten vorherrschende Mobiliarvermögen eine bequeme Form der Zuwendung darbot. Zu den Rechtsinstituten der anderen Art, welche man dem geistlichen Recht nachbildete, ist die Verjährung zu rechnen, welche auch, da das Princip der rechten Gewere nur eine be-

stimmte Sphäre beherrschte, eine Lücke des deutschen Rechts ausfüllen konnte. Desgleichen hat bei den Schwankungen, welche über die Anwendung der wichtigsten germanischen Beweismittel im späteren Mittelalter eintraten, das geistliche Recht in dieser Lehre schon früh einen bedeutenden Einfluß ausgeübt, und auch sonst finden sich, namentlich im südwestlichen Deutschland, seit dem Ende des 13. Jahrhunderts, einzelne Sätze des römischen Rechts auf die Verhältnisse der Layen angewandt, namentlich in dem, wahrscheinlich von einem Pfaffen verfaßten Schwabenspiegel. Aber das Alles hat das unabhängige Leben und den innern Zusammenhang des einheimischen Rechts unmittelbar noch gar nicht gefährdet; dasselbe bewahrte vielmehr noch bis ans Ende des 15. Jahrhunderts durchaus seine selbständige Haltung, und selbst die späteren Rechtsbücher nach dem Sachsenspiegel haben von dem römisch-canonischen Rechte wohl kaum so viel aufgenommen, als es nur das englische Rechtsbuch des Bracton gethan hat. Man muß sich nur nicht durch einzelne Erscheinungen irre leiten lassen, welche allerdings die allgemeinere Geltung des römischen Rechts in einer früheren Zeit zu beweisen scheinen, aber, richtig verstanden, nichts der Art darthun. So hat man ein besonderes Gewicht darauf gelegt, daß schon seit dem 13. Jahrhundert in Urkunden häufig Verzichte auf römische Klagen, Einreden u. dgl. vorkommen; aber das erklärt sich einfach daraus, daß die Notare, welche meistens Geistliche oder doch in den geistlichen Gerichten eingeübt waren, die dort gebräuchlichen Formulare mit den hergebrachten Cautelen, oft ungeschickt genug, auch den unter Layen abgeschlossenen Geschäften bei der schriftlichen Redaction zu Grunde legten. Einen andern Umstand, der allerdings von größerer Bedeutung ist, hebt

Eichhorn *) hervor. Seit der Mitte des 14. Jahrhunderts kommen nämlich Glossen zum Sachsenspiegel vor, welche den Inhalt des Rechtsbuchs aus dem fremden Rechte zu erklären suchen, und zwar in einer wiederholten Ueberarbeitung, so daß es scheint, als ob diese an sich freilich widersinnige Methode einem Bedürfnisse entsprochen, und in der Praxis Beifall gefunden habe, worauf auch die ziemlich beträchtliche Anzahl der von dieser Glosse erhaltenen Handschriften hinweist. Allein auf diesen letzteren Punct ist doch wenig Gewicht zu legen, weil auch eine gelehrte Ostentation und das Interesse, welches die Geistlichkeit an dem in den weltlichen Gerichten geltenden Rechte nehmen mußte, die Verbreitung der scheinbar gelehrten Arbeiten veranlassen konnten. Die Entstehung derselben aber erklärt sich wohl zur Genüge, wenn man bedenkt, daß bei dem damaligen Zustande der Kritik ein in dem geistlichen Rechte bewanderter Mann sich leicht aufgefordert finden konnte, das einheimische Rechtsbuch nach den ihm geläufigen Namen zu erklären, wozu die Veranlaßung um so näher lag, da schon im 14. Jahrhundert ein großer Theil des Sachsenspiegels antiquirt, und in den Gerichten durch eine neuere Rechtsbildung ersetzt war. Daß jene Glossen practisch keine irgend wie bedeutende Geltung erlangt haben können, folgt schon aus ihrem Inhalt, welcher dazu ganz unbrauchbar war, und in seinen wesentlichen Bestandtheilen den noch fungirenden Volksschöffen durchaus unzugänglich seyn mußte, wenn sie sich auch vielleicht das Werk, namentlich in Verbindung mit dem Texte, manchmal abschreiben ließen. Daß aber dennoch ein so verkehrtes

*) Staats- und Rechtsgesch. III. §. 444. Note e.

Unternehmen, wie jene Glossirung, später von mehren Personen fortgesetzt werden konnte, darf billig nicht Wunder nehmen, wenn man nur erwägt, daß die Gründe, welche die erste Veranlassung dazu gaben, auch später noch wirksam waren, ja bei dem größeren Andringen des römischen Rechts noch verstärkt wurden, und daß überhaupt manche literärische Arbeiten des späteren Mittelalters bei einer kritischen Betrachtung als rein unsinnig erscheinen. Ob noch speciell die besonderen Verhältnisse der Mark, in welcher das römische Recht früher als in manchen andern Gegenden zur Geltung kam, auf die Beschaffenheit jener Glossen einen bestimmten Einfluß ausgeübt haben, wage ich nicht zu entscheiden. Jedenfalls irrt Eichhorn ganz entschieden, wenn er aus diesen fortgesetzten Versuchen, den Sachsenspiegel aus dem fremden Rechte zu erklären, den Schluß zieht, daß das Verständniß des einheimischen Rechts sich während des 15. Jahrhunderts allmälig verloren habe. Dafür spricht außerdem keine einzige Thatsache, während umgekehrt aus den früher schon angeführten Gründen das Gegentheil bestimmt hervorgeht. Gerade bei den sächsischen Schöffen hat sich, ungeachtet jener Glossen, noch ins 16. Jahrhundert hinein eine umfassende und lebendige Kunde des einheimischen Rechts erhalten. Wir haben aus der ersten Hälfte des genannten Jahrhunderts eine Sammlung sächsischer Schöffenurtheile (abgedruckt im Anhange zu Zobel's Ausgabe des sächsischen Weichbildes), welche deutschrechtliche Institute der verschiedensten Art mit der größten Sicherheit behandeln, und selbst da, wo einzelne römischrechtliche Grundsätze angewandt werden, wie bei der Verjährung und bei den Kaufverträgen, dieß mit entschiedener Klarheit und Mäßigung thun. Woher kämen auch wohl die Klagen der

Romanisten aus dem 15. und dem Anfange des 16. Jahrhunderts über die geringe Geltung des römischen Rechts in den deutschen Gerichten und über die Bevorzugung einheimischer Gewohnheiten, wenn diese nicht in voller Wirksamkeit gewesen wären?

Es ist jedoch nicht in Abrede zu stellen, daß seit dem 14. Jahrhundert der Einfluß der Romanisten in Deutschland anfing sich geltend zu machen, und daß dieselben im Laufe des 16. Jahrhunderts zu einer fast unumschränkten Herrschaft über das ganze Rechtswesen gelangten. Fassen wir die Ursachen dieser allerdings einzigen Erscheinung etwas näher ins Auge. Einmal kommt dabei die enge Verbindung zwischen Deutschland und Italien, wo das römische Recht bald festen Fuß faßte, in Betracht, — eine Verbindung, welche namentlich unter den Luxemburgern wieder erneuert ward, und auf die Ansichten der höheren Kreise in Deutschland einen großen Einfluß ausübte. Man fing nun an, in einer der wunderlichen Ideenverwirrungen, woran das Mittelalter so reich ist, die Justinianische Compilation als das Gesetzeswerk eines römischen Kaisers und zwar eines Vorgängers im deutschen Reich anzusehen, durch welche Auffassung freilich die unmittelbare Geltung des römischen Rechts nicht allein, und nicht einmal vorzugsweise herbeigeführt worden ist, welche aber doch in Verbindung mit dem Einfluß der Kirche und bei der allgemeinen Verbreitung von Rechtsbüchern, zu denen auch das Corpus Juris gerechnet werden konnte, wesentlich darauf eingewirkt hat, namentlich insofern Kaiser und Reich dabei betheiligt waren. Wir wissen ja aber auch schon, daß einzelne Lehren des römischen Rechts bereits in weltlichen Sachen Anwendung gefunden hatten, was denn zur Folge hatte, daß für deren rich-

tige Beurtheilung hie und da einzelne Romanisten bei der Rechtspflege betheiligt wurden. Allein darauf beschränkte sich deren Geschäftsthätigkeit nicht. Ihnen kam überhaupt die Achtung zu Statten, welche ein nach geistiger Bildung ringendes Geschlecht vor den, wenn auch noch so rohen Vertretern classischer Studien hegte, — eine Achtung, welche auch dadurch nicht beseitigt werden konnte, daß die gepriesene Weisheit der Doctoren zum großen Theile nur im Nachbeten ihrer wälschen Auctoritäten bestand, und welche gerade bei der halbgebildeten vornehmen Welt am Größten gewesen seyn wird, während der gesunde Witz und das tiefere Rechtsgefühl des Volkes den Schein eher von der Wirklichkeit zu unterscheiden wußte *). Aber die Romanisten hatten doch in jedem Fall den Vorzug einer größeren formellen Geistescultur voraus; sie waren der lateinischen Sprache mächtig und hatten sich überhaupt den Geschäftsstyl der damaligen Zeit angeeignet, was sie namentlich zu diplomatischen Verhandlungen befähigte und in den Rath der Fürsten und der angesehenen Corporationen brachte. Hier vertraten sie, im Gegensatz zu den convulsivischen Bewegungen einer anarchischen Zeit, die Herrschaft des

*) In mancher Beziehung erinnert das Auftreten der Romanisten in Deutschland an das der Franzosen oder französirten Deutschen des 17. und 18. Jahrhunderts. Kaiser Maximilian I., ein Mann von schlichter deutscher Art, mochte sie daher auch nicht, wie Fugger im Ehrenspiegel von ihm erzählt (bei Senckenberg, method. jur. in app. III. §. 54. Note 6): „Sonsten wie er wol alle Gelehrten lieb und wert hielte, so hat er doch die Juristen, welche des Bartoli und Baldi Schrifften und Meinungen als ohnfelbare Oracula und Götter-Aussprüche zu allegiren und anzuführen pflegten, gehasset, und nit an sich leiden mögen." — Wie schlimm es den Romanisten zuweilen in den Schöffengerichten erging, sieht man aus mehren Erzählungen; vgl. Maurer, Geschichte des altgerman. Gerichtsverf. S. 253. 311.

geschriebenen Rechts, dem sie fast blindlings folgten, und wußten dadurch nicht bloß das Interesse der Mächtigen, denen sie dienten, zu fördern, sondern trafen auch mit dem Bestreben der Besseren zur Herstellung eines geordneten Rechtszustandes in Deutschland zusammen.

Zu diesem Allen kam nun noch ein äußeres Ereigniß hinzu, welches für die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland von der größten Bedeutung geworden ist. Im Jahre 1495 ward das Reichskammergericht eingesetzt, und da man schon auf die Geltung römischrechtlicher Lehren Rücksicht nehmen mußte und in den Doctoren die gewandtesten Geschäftsleute hatte, so ward die Hälfte der Stellen mit diesen besetzt. Nun war es aber nicht anders möglich, als daß sie gerade in dem höchsten Reichsgerichte bald das allerentschiedenste Uebergewicht bekamen. Denn es ward hier für ganz Deutschland Recht gesprochen. Das deutsche Recht aber hatte, wie wir gesehen haben, nicht den Charakter eines gemeinen Nationalrechts gewonnen, sondern lebte nur in den engeren Kreisen, vor Allem in den Genossenschaften und Gemeinden, welche die allgemeinen Institute, schon durch die Einflüsse der Ständeunterschiede durchbrochen, in specieller Gestaltung ausgebildet hatten. Kamen auch noch tief eingreifende Grundsätze und Rechtsformen in einer allgemeinen Geltung vor, so werden sie als ein gemeinsames, nationales Recht doch nur selten im Bewußtseyn der Einzelnen lebendig gewesen seyn.

Das deutsche Recht trat also regelmäßig in seiner äußern Erscheinung als ein particuläres auf, was bei den heimischen Gerichten, wo die Schöffen es sicher beherrschten, kein Hinderniß der Anwendung war, vor dem entfernten Reichsgerichte aber die größten Schwierigkeiten bereitete, besonders wenn die

damals geltende Theorie der gelehrten Juristen von dem Beweise des Gewohnheitsrechts und der Statute durchgeführt wurde. Wie anders aber waren die Doctoren mit ihrem fremden Rechte gestellt: sie zweifelten nicht an seiner absoluten Geltung, wußten es für alle Fälle applicabel zu machen, und verachteten die Grundsätze des einheimischen Rechts meistens als wunderliche und unvernünftige Irregularitäten. Rechnet man dazu noch ihre Geschäftsgewandheit, ihre Lust zur Arbeit, durch Ehrgeiz und Eifer für die Sache erhöht, so erklärt es sich leicht, wie gerade am Reichskammergerichte zuerst das römische Recht zur Herrschaft kam. Wäre nun Deutschland mit einem kräftigen politischen Nationalleben in die moderne Zeit übergetreten, und hätte auch die formelle Gemeinschaft in seiner Rechtsbildung wiedergefunden, so würde das römische Recht als ein wenn auch wichtiges Element darin aufgegangen, und wesentlich germanisirt seyn, eine Entwicklung, worauf noch die peinliche Halsgerichtsordnung Karl V. hinweist. Aber so wie die deutsche Geschichte seit dem 16. Jahrhunderte sich gestaltet hat, war die Herrschaft der Romanisten und des römischen Rechts vorläufig entschieden. Freilich ist unter allen rein germanischen Völkern das deutsche das einzige gewesen, welches diesen Entwicklungsproceß hat durchmachen müssen; und daß gerade der Einfluß des Reichskammergerichts entscheidend darauf eingewirkt hat, zeigt der Umstand, daß die seiner Competenz entzogenen deutschen Völkerschaften, wie die Schweizer und die Nordfranzosen, auch die Herrschaft des römischen Rechts von sich fern gehalten haben. Auch mußte natürlich die Auctorität des höchsten Gerichtshofs an und für sich und die einschneidende Wirkung der von ihm im romanistischen Sinne erlassenen reformatorischen Erkenntnisse von den wichtigsten

Folgen seyn. So wird schon im Jahre 1501, also sechs Jahre nach Errichtung des Reichskammergerichts, in Baiern eine landschaftliche Beschwerde über die zu große Anzahl der Doctoren in den Hofgerichten dahin beantwortet:

„Item auf den ersten Artikel die Hofgerichte antreffend, wäre den Landleuten zu antworten, daß Ew. Gnad. es der Landleute und Doctoren halben ungefährlich bisher gehalten habe: will es füran auch thun. Daß aber der Doctoren an den Hofgerichten so viel, ist die Ursache, nachdem sie der Rechten mehr, denn die Layen, verständig sind, daß desto förmlicher und rechtmäßiger Urtheil gesprochen, und die Leute mit ungebührlichen Urtheilen und wann die an das Kammergericht wuchsen, nicht beschwert und zu Schaden gebracht werden."

Worin die Ungebührlichkeit der Urtheile bestanden, welcher die Doctoren gegen den Wunsch und Willen der Betheiligten abhelfen sollen, ist nicht schwer zu errathen. — Nach dem Vorbilde des Reichskammergerichts kamen auch die obern Gerichtshöfe der einzelnen deutschen Länder bald ganz oder doch zum großen Theil in die Hände der Romanisten, und da man sich nun einmal des römischen Rechts nicht mehr erwehren konnte, sahen sich die untern Gerichtsstellen und die Parteien fortwährend genöthigt, Rechtsbelehrungen einzuholen, die man Anfangs gewöhnlich nur von einzelnen bewährten Juristen, später meistens von den juristischen Facultäten sich geben ließ. Daraus entwickelte sich für die letzteren, welche bis dahin geringen Antheil an der deutschen Rechtsentwicklung genommen hatten, ihre sehr wichtige und einflußreiche Stellung

als Spruchcollegien; sie bekamen thatsächlich eine über das ganze Reich ausgedehnte Jurisdiction, und traten auf gewisse Weise an die Stelle der alten Oberhöfe, welche vor dem fremden Rechte und der neueren Territorialverfassung ganz verschwanden oder doch ihre eigenthümliche Bedeutung verloren.

Es konnte nun freilich diese Aufnahme des römischen Rechts, welches, so weit es irgend möglich war, in dem ganzen Umfange der Justinianeischen Sammlung als geschriebenes Gesetz zur Anwendung gebracht wurde, nicht ohne die gewaltsamste Erschütterung des deutschen Rechtswesens vor sich gehen. Die Landesherrn durften sich noch am Ersten dabei beruhigen, da ihnen durch die auf dem römischen Recht gegründete Theorie eine entschiedene Erweiterung ihrer öffentlichen Gewalt zugebracht wurde, und sie, vermöge ihrer Stellung, am Ersten Gelegenheit hatten, die Juristen für ihr Interesse in Thätigkeit zu setzen. Doch standen diese nicht ausschließlich im Dienste der Fürsten; auch die Landstände, die Städte und andere Corporationen hielten sich geschickte Consulenten, welche ihre Angelegenheiten betrieben. Wichtiger noch war es, daß das Standesrecht des hohen Adels, von einem selbständigen Princip beherrscht, schon eine so bestimmte Richtung genommen, und im Allgemeinen durch die Autonomie sich schon so befestigt hatte, daß es durch das römische Recht nicht mehr bedroht wurde, und man nur darauf bedacht war, eine gewisse äußere Uebereinstimmung zwischen beiden nachzuweisen. Desto entschiedener aber wurden alle übrigen Classen der Nation, außer der Geistlichkeit, in ihren hergebrachten Rechtsverhältnissen von der Lehre der Romanisten gefährdet; Adel, Bürger, Bauern, welche nach der Väter Sitte ihr Recht bewahrt und selbständig es gehandhabt hatten, sahen sich plötzlich unter die

Herrschaft von Gesetzen gestellt, die ihnen nach Form und Inhalt fremd waren, und deren practische Durchführung alles Bestehende zu erschüttern schien. Daher erhob sich von allen Seiten eine heftige Opposition gegen die Romanisten, welche man als die Quelle dieser Neuerung erkannte. Am Kräftigsten sprach sich die baierische Ritterschaft 1499 in einer Beschwerde aus:

> In judicibus intolerabilis error. Non enim eliguntur judices more antiquo, sed multi juris Romani professores, pauci magistratus, nobiles atque provinciales. — Cum jus municipale servandum sit, et antiquae consuetudines pro legibus habendae sint, fit, ut multa his contraria fiant, unde deceptiones, errores et turbae oriuntur. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam si sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tribuere volunt.

Aehnliche Klagen wurden, wenn auch gleich erfolglos, von den Würtembergischen Landständen, der unmittelbaren Reichsritterschaft in Franken, der Stadt Lübeck und von andern Seiten erhoben; und Ulrich von Hutten, der die Sache von einem höheren nationalen Standpuncte auffaßte, kämpfte kaum erbitterter gegen die römischen Curtisanen und Papisten, als gegen die Bartolisten und Rabulisten, welche dem Volke sein gutes Recht und seine freie Gerichtsverfassung entzögen. Auch war in der That die Verletzung des materiellen Rechtes nicht die schlimmste Folge von der Herrschaft der Romanisten und ihrer Lehre; noch höher muß der Nachtheil angeschlagen werden, daß das Recht, bis dahin im Bewußtseyn des Volkes

lebendig, ihm nun als eine fremde, unheimliche Macht gegenüber trat, und daß die Rechtspflege aus den Händen der Schöffen in die der studirten Juristen überging, welche bald die ganze Noth des römisch-canonischen Processes mit seinem heimlichen, schriftlichen Verfahren in die sonst offenen deutschen Gerichtssäle brachten. Es begann jetzt die Entfremdung des Volkes von seinen eigensten Angelegenheiten, jene Bevormundung von oben her, welche später, als von den Landständen und den Gemeinden die rechte Kraft und Tüchtigkeit gewichen war, auch auf die Verwaltung ausgedehnt wurde, und das frische Leben, welches die Nation noch aus dem Mittelalter in die neue Zeit herüber gebracht hatte, vollends zerstörte.

Indessen würde es der historischen Unbefangenheit nicht entsprechen, wenn man die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland nur von der Schattenseite betrachten wollte. Es ist nicht zu verkennen, daß bei der immer bestimmter hervortretenden Auflösung der Reichsverfassung und dem stets übermächtiger sich gestaltenden Particularismus in dem römischen Recht und der sich daran lehnenden juristischen Theorie ein Mittelpunct für eine gemeinsame deutsche Rechtsbildung gewonnen ward, welche dem üppig wuchernden Particularrecht lange einen festen Damm entgegengesetzt hat. Auch trug das römische Recht, eben weil seine absolute Geltung in Anspruch genommen wurde, dazu bei, daß die schroffen Gegensätze des Ständerechts sich mehr ausglichen, und einer mehr einheitlichen Entwicklung des Rechts unterthan wurden. Endlich ist im römischen Recht, trotz seiner byzantinischen Ueberarbeitung, noch Vieles von der hohen Kraft und plastischen Vollendung der Antike bewahrt worden, welches auf das germanische Wesen einen heilsamen Einfluß ausgeübt hat. Dieses Alles hätte

freilich auch erlangt werden können, wenn man mit besonnener Mäßigung sich des fremden Rechts bedient hätte, um das einheimische darnach zu bilden und formell zu veredeln; die unbedingte Reception des vollständigen Materials und die Unterdrückung und Verkrüppelung des eigenen Rechtslebens, welche nothwendig daraus folgten, bleiben immer ein Nationalunglück, welches der Patriot nur beklagen kann, wenn es auch aus der Verkettung der Verhältnisse wie mit Nothwendigkeit hervorgegangen scheint. Doch bietet auch hier die tiefere Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung Trost und Beruhigung. Wie bedeutungsvoll auch ein historisches Factum auftritt, und wie nachhaltig seine Einwirkung auf die menschlichen Zustände erscheint, so bleibt es doch im Laufe der Zeiten nicht in der ursprünglichen Art gleichmäßig wirksam; sondern selbst einem höheren Gesetze dienstbar, wird es in den allgemeinen Entwicklungsproceß hineingezogen, und dadurch bestimmt und verändert. Diese Betrachtung findet auch auf die Reception des römischen Rechts in Deutschland ihre Anwendung. Dieselbe ist nie eine abgeschlossene, zum Stillstand gekommene Thatsache geworden; sie hat in den verschiedenen Perioden der modernen deutschen Rechtsentwicklung eine verschiedene Bedeutung gehabt, und namentlich zum einheimischen Recht, welches nie vollständig durch sie ist überwältigt worden, eine schwankende Stellung eingenommen. Wenn es sich nun nachweisen ließe, daß in der Tiefe des nationalen Lebens noch immer eine selbständige, schöpferische Kraft thätig geblieben ist, und daß sie, wenn auch unter sehr wechselnden Formen und mit oft geringem Erfolge, doch im Gegensatze zum fremden Rechte das nationale Element zu vertreten, ja in neuerer Zeit jenem einen beträchtlichen Theil des usurpirten Gebietes wieder zu entrei-

ßen vermocht hat; so würde daraus die wichtigste Folgerung abzuleiten seyn. Denn die Herrschaft des römischen Rechts würde sich dann nur als eine Episode in der deutschen Rechtsgeschichte darstellen, und nicht unbegründet erschiene die Hoffnung, daß allmälig jener Kampf der widerstrebenden Elemente zu deren organischer Verbindung führen, und diese wieder von einem wesentlichen, nationalen Princip werde beherrscht werden. Die Lösung dieser Frage hängt von der Zukunft, und namentlich von der weiteren politischen Gestaltung Deutschlands ab; aber daß die Art, wie man die Reception des römischen Rechts verstanden hat, nicht immer dieselbe gewesen, sondern zu den verschiedenen Zeiten nach den angedeuteten Momenten gewechselt hat, soll hier in der Kürze gezeigt werden.

Die Juristen, welche zuerst als die Verbreiter des römischen Rechts in Deutschland auftraten, hatten ihre Kenntniß von demselben nicht unmittelbar aus den Quellen geschöpft; sie schlossen sich vielmehr, insofern sie nicht bloß das geistliche Recht ins Auge faßten, genau an die Lehre der Italiener, der Glossatoren und deren Nachfolger, namentlich des Bartolus und Baldus, an. Bei diesen glaubte man das sichere Ergebniß einer gelehrten, über alle Kritik erhabenen Quellenforschung zu finden, und kam dadurch in den Besitz eines Materials, welches für die Verhältnisse des modernen Lebens schon einigermaaßen zugerichtet war. Für diese juristische Gemeinlehre, deren Kern nur das römische Recht bildete, ward denn die unbedingte Geltung in Anspruch genommen. So blieb es, bis im Anfange des 16. Jahrhunderts die Deutschen und besonders Ulrich Zasius selbständige Studien im römischen Rechte machten. Mit diesem ausgezeichneten Manne, der eine

elegante classische Bildung mit einem großen practischen Talente verband, beginnt eigentlich die moderne deutsche Rechtswissenschaft; er hat durch Vorlesungen, Schriften, Rechtsbelehrungen und legislative Arbeiten einen außerordentlichen Einfluß ausgeübt, und noch später durch seine Schüler die Entwicklung der deutschen Jurisprudenz beherrscht. Bei Zasius nun ist das reine römische Recht die ratio, die absolute Vernunft; die Meinungen der Juristen gelten ihm nur etwas, insofern sie eine quellenmäßige Begründung haben, und Statute und Gewohnheiten dürfen jener ratio wenigstens nicht widersprechen, wenn sie überhaupt zur Anwendung kommen sollen *). Daher ist nur das römische Recht ein jus commune, welches unbedingt zur Anwendung zu bringen ist, — etwa mit den an sich nicht tief eingreifenden Modificationen der Reichsgesetze und des canonischen Rechts, dessen genauere Berücksichtigung aber den Decretisten überlassen blieb; nur dem longobardischen Lehenrechte, dem man eine dem römischen Recht fast gleichstehende Bedeutung beilegte, ward für seine Sphäre eine selbständige Bewegung eingeräumt. Doch konnte diese strenge Theorie in der Praxis

*) Ueber die beschränkte Geltung der einheimischen Rechtsinstitute spricht Zasius sich an mehren Orten aus, z. B. in novum Dig. de V. O. L. 61. cap. II. concl. 1. und cap. III. concl. 1. Die Bedeutung, welche er der communis DD. opinio beilegt, erhellt am bestimmtesten aus einem Briefe an Bonif. Amerbach vom Jahre 1530 (in opp. tom. V. p. 183): Dominus Montaigne, vir doctus, tractavit, ut videre potui, locum illum substitutionis, de quo nuper nonnulla, in utramque partem satis eleganter, nisi quod pro utraque parte potius testes, id est consilia et scriptores, quam textus alleget. *Perpetua pestis in jure nostro, quod textibus non possumus, id testibus velle convincere. Mihi nec Accursius curae est nec Bartolus nec Baldus, nisi quatenus jure fundati sunt.* —

nicht consequent durchgeführt werden, da es unmöglich war, das römische Recht ohne irgend eine Vermittlung und Verarbeitung auf die modernen Lebensverhältnisse anzuwenden. Daher ist selbst Zasius in seinen legislativen Arbeiten zuweilen genöthigt gewesen, ein dem römischen Recht widerstrebendes Institut anzuerkennen, und außerdem war er, ganz nach Art der späteren italienischen Juristen, bemüht, mit einem großen Aufwande von Scharfsinn und Gelehrsamkeit, aber freilich mit geringer Kritik, die Geltung deutschrechtlicher Institute nach römischen Analogien zu rechtfertigen; ja er kommt einmal, fast unwillkührlich, zu dem Bekenntniß, das Rechtsleben sey reicher, als der Buchstabe des Gesetzes (des römischen Rechts); es finde sich einiges Anomalische, was schwer darunter zu befassen *).

Diese Auffassung des jus commune, welche wir bei Zasius finden, ward nun nach ihm bestimmter dahin ausgebildet, daß ein Gewohnheitsrecht und ein Statut, wenn sie nur gültig zu beweisen wären, unabhängig vom gemeinen Recht eine selbständige Geltung in Anspruch nehmen könnten. Mit dem Beweise des Gewohnheitsrechts hatte es nun freilich bei der herrschenden Theorie über dessen Erfordernisse, seine großen Schwierigkeiten; aber desto eifriger bediente man sich des jus statuendi, um einen Theil des einheimischen Rechts festzustellen und vor der Mißhandlung durch die Romanisten zu retten. Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts entwickelte die Territorialgesetzgebung, welche von dem Landesherrn unter Zuziehung der Stände ausging, so wie die Autonomie der

*) U. Zasius, sing. respons. lib. II. cap. 7. in opp. tom. V. pag. 36.

freigestellten Corporationen eine große Thätigkeit, um namentlich die wichtigsten deutschrechtlichen Principien über das Familienrecht, mit Einschluß eines Theils des Erbrechts, das Recht des Grundbesitzes und den Formalismus der Rechtsgeschäfte zu bewahren, und in ein bestimmtes Verhältniß zum gemeinen Rechte zu setzen. Die legislativen Arbeiten (in denen sich zum Theil die Kraft der großen deutschen Reformationszeit klar abspiegelt, wenn sie auch den Bedürfnissen der Gegenwart und den Ansprüchen, welche diese an die Gesetzgebung stellt, nicht mehr entsprechen), lagen nun freilich vorzugsweise wieder in den Händen der Romanisten, ohne die man sich nicht mehr auf dem Rechtsgebiete bewegen konnte, und es ist durch sie auch manches fremdartige, manche unorganische Bildung hineingekommen; aber sie waren hier doch mehr auf das unmittelbare Bedürfniß des Lebens und den Willen der Betheiligten hingewiesen, und im Ganzen mit der Anerkennung deutschrechtlicher Grundsätze weniger schwierig, als da, wo es sich zunächst um das gemeine Recht handelte. Freilich stellte man nun die Regel auf, daß die Statute möglichst nach dem letzteren zu interpretiren seyen, und eröffnete so dem römischen Recht eine breite Pforte, durch welche es auch auf dieses Gebiet eindringen konnte. Aber der Buchstabe des Statuts blieb doch, und fand, wenigstens bei den zunächst competenten Gerichten, in dem Volksleben und dessen Einwirkung eine bestimmte Stütze. Ueberhaupt aber faßte die strenge Ansicht des Zasius von der Unverbindlichkeit der gemeinen Meinung der Juristen keinen festen Fuß; man erkannte bald entschieden diese Form der Rechtsbildung wieder an, welche sich, namentlich als die höheren Gerichte einen bedeutenderen Antheil daran gewannen, als ein wahres Juristen-

recht herausstellte, und, wenn auch nicht dem Volksbedürfniß entsprechend, dem römischen Recht doch Manches von seinem schroffen Gegensatz gegen so viele deutsche Lebensverhältnisse entzog. Dazu kam nun aber noch ein neues Moment der Entwicklung. Das alte Volksrecht, welches nie ganz beseitigt werden konnte, trat auch da, wo es nicht in Gesetzesform festgestellt war, mit einer gewissen Unabhängigkeit auf und verlangte eine Anerkennung, welche die Juristen demselben nur gegen den civilproceßmäßigen Beweis seiner gewohnheitsrechtlichen Geltung gewähren wollten, die aber namentlich in den Untergerichten, welche oft noch mit unstudirten Richtern besetzt waren, und überhaupt dem Volksleben näher standen, meistens leichter zu erlangen war. In diesen Erscheinungen zeigte sich denn zuweilen eine gemeinsame, nationale Rechtsbildung thätig, welche den Juristen freilich unverständlich war, die sie aber doch seit dem Ende des 16. Jahrhunderts insofern anerkannten, als sie die Möglichkeit allgemeiner Gewohnheiten zugaben, und für deren Darlegung sich auch wohl mit dem Zeugniß angesehener Schriftsteller, statt eines formellen Beweises, genügen ließen, wodurch einzelne jener Rechtsgrundsätze nach und nach dem Juristenrecht einverleibt wurden. Besonders wichtig aber war es, daß zur angegebenen Zeit in den sächsischen Gerichtshöfen, wo der Sachsenspiegel noch einen gewissen äußern Anhalt für die Bewahrung deutschrechtlicher Institute bot, ein sogenanntes jus commune saxonicum ausgebildet ward, welches noch vor dem gemeinen Reichsrecht zur Anwendung kommen sollte. Die wissenschaftliche Behandlung, welche dieses sächsische Particularrecht fand, und überhaupt die große Auctorität der sächsischen Juristen, welche längere Zeit die Praxis eines beträchtlichen Theils von Deutsch-

land jetzt wieder, wie früher durch den Sachsenspiegel, beherrschten, haben dem gemeinen Sachsenrecht eine außerordentliche Bedeutung verschafft, und dasselbe zu dem Kern gemacht, an den sich später das **jus commune germanicum** (**jus germanicum privatum**) ansetzte.

Während so dem römischen Recht und dessen absoluter Geltung gegenüber das einheimische Recht wieder auftauchte, und zwar unverkennbar von dem noch in der Tiefe der Nation wurzelnden Volksrechte getragen, brach im Laufe des 17. Jahrhunderts in Deutschland jener schreckliche Bürgerkrieg aus, welcher die besten Kräfte zerstörte, und namentlich die letzten Träger der deutschen Freiheit, die Ritterschaft und die Städte, in ihrem Wohlstande und ihrer politischen Bedeutung unendlich zurücksetzte. Die nationale Entwicklung Deutschlands ward nun für lange Zeit gelähmt; an die Stelle eines frischen Volkslebens, das sich wenigstens noch in einzelnen Territorien und Communen erhalten hatte, trat das Zeitalter Ludwig XIV. mit seiner Despotie und seiner polizeilichen Bevormundung des Volkes, freilich auch mit der Entfaltung des feudalistisch gegliederten ständischen Wesens zur modernen Staatseinheit, welche vor Allem in dem großen Churfürsten von Brandenburg und seinen Nachfolgern eine bewußte Vertretung fand. Dadurch ward freilich für die Gesetzgebung ein größerer Einfluß begründet; aber die mehr innerliche Ausbildung des Rechts im Gegensatz zum beschränkten Romanismus schien doch wesentlich bedroht zu seyn. Wenn sie dennoch ihren sicheren Fortgang genommen hat, so ist dieß vor Allem die Folge einer freieren und tüchtigeren Richtung in der Jurisprudenz selbst gewesen, indem die Wissenschaft auch hier ihre selbständige Kraft bewährte. Damit soll freilich nicht gesagt seyn,

daß sich der Juristenstand plötzlich und allgemein über seinen beschränkten Standpunct erhoben, und einen höheren Schwung bekommen habe. Nein, die große Masse schaffte wie früher so vor sich hin: das römische Recht gab zum größten Theile die Rechtsnormen her, insofern es nicht in den schon angeführten Modificationen des gemeinen Rechts eine Beschränkung fand, und auch die Statute wurden noch vorzugsweise darnach interpretirt. Daher war es schon ein kühner Schritt von Mevius, der überhaupt einer der genialsten deutschen Juristen war, daß er es in einer wichtigen Lehre wagte, die Präsumtion gegen das römische Recht zu Gunsten einer allgemeinen deutschen Gewohnheit zu stellen, und dem, der ihre Geltung leugne, den Beweis aufzulegen. Denn sonst sprach man allgemein dem römischen Recht die fundata intentio zu, und war höchstens in der publicistischen Literatur für das eigentliche Staatsrecht (nicht für das öffentliche Recht überhaupt) mehr geneigt, dem einheimischen Recht seine selbständige Bedeutung einzuräumen. Aber auch Mevius, wie seine Vorgänger, die Mynsinger, Fichard, Gaill, Pistoris u. s. w., waren nur bemüht, das römische Recht in einen gewissen Einklang mit den bestehenden Lebensverhältnissen zu bringen, und gingen nicht über die Beachtung der juristischen Praxis und über das in den Statuten und Gewohnheiten ausgesprochene vaterländische Recht hinaus. Um die Mitte des 17. Jahrhunderts, also gleichzeitig mit Mevius, machte sich aber eine neue Bewegung in der deutschen Jurisprudenz geltend, welche, sich in eine zwiefache Richtung zerspaltend, doch in dem Puncte zusammen hielt, daß man dem römischen Recht in Beziehung auf seinen innern Werth und auf seine Bedeutung für die Gegenwart fester ins Auge sah, und überhaupt eine freiere

Betrachtung des Rechtsstoffs wagte. Diese Richtung spricht sich eines Theils in der philosophischen Rechtslehre aus, wie sie von Grotius und Pufendorf begründet, durch die deutsche Literatur ging, in die spätere Schulphilosophie umschlug, und dann durch das Kantische Naturrecht zu der neueren Rechtsphilosophie sich entwickelte. Practisch hat sie freilich vorzugsweise nur auf das Völkerrecht und das Criminalrecht eingewirkt, welches letztere wegen seiner rein menschlichen Beziehungen und wegen des psychologischen Interesses von allen Rechtstheilen am Ersten dem unmittelbaren Einfluß der Philosophie unterworfen worden ist. Von Thomasius bis auf Feuerbach ist die Reform des Criminalrechts daher hauptsächlich von dieser Seite ausgegangen. Die andere Richtung, von der Philosophie im Allgemeinen unterstützt, hat doch einen ganz andern Weg verfolgt: es ist der der historisch-nationalen Rechtsentwicklung. Als nämlich Hermann Conring erst das Fundament zu einer deutschen Rechtsgeschichte gelegt, und die älteren deutschen Rechtsquellen, früher fast nur in einem antiquarischen Interesse edirt und bearbeitet, der juristischen Betrachtung eröffnet hatte, begnügte sich eine Anzahl der bedeutendsten Juristen nicht mehr damit das Studium des einheimischen Rechts bloß auf die einzelnen noch geltenden Landesrechte und Statute zu beschränken, und so ein dem römischen Recht doch sehr untergeordnetes deutschrechtliches Material zu cultiviren; sondern sie zogen nun auch das ältere deutsche Recht, wie es vor der Aufnahme des römischen bestanden hatte, in den Kreis ihrer Forschungen, und eröffneten sich auf diese Weise ein ganz neues Feld, in welchem die noch practischen deutschrechtlichen Institute zum großen Theile ihre Wurzel hatten. Ausgezeichnete Männer, wie Schilter und Sencken=

berg und namentlich viele der in Halle und später in Göttingen lehrenden Juristen verfolgten diese zuerst von Conring betretene Bahn. Sie waren freilich bei der Anwendung dieser Richtung auf die Praxis noch vielfach von dem in anerkannter Wirksamkeit bestehenden römischen Rechte gehemmt; die von ihnen behandelten deutschrechtlichen Lehren tragen die deutlichen Spuren der Schwäche an sich, welche bei der noch unentwickelten germanistischen Methode und dem beschränkten Kreis der Forschungen unvermeidlich war. Dazu kam der traurige Zustand des deutschen Gerichtswesens, welches durch die Reichsgesetzgebung nur von seinen allerärgsten Auswüchsen befreit ward; überhaupt war die ganze Zeit einer nationalen Entwicklung durchaus ungünstig, und ließ jenen patriotischen Bestrebungen doch nur, fern von der frischen Luft eines bewegten Volkslebens, in der Schule einen gewissen Spielraum. So konnte es geschehen, daß man nicht einmal das im Volke noch bewahrte einheimische Recht, und noch weniger die neu sich bildenden Rechtsinstitute gehörig zu erfassen vermochte, und daß man sich fast ausschließlich mit der Ergründung des Privatrechts beschäftigte, ohne namentlich an eine Reform des Processes zu denken. Aber nichts desto weniger haben sich diese älteren Germanisten ein großes Verdienst erworben. Es bildete sich doch neben der romanisirenden Rechtsgelehrsamkeit eine deutsche Jurisprudenz heran, welche für ihre Lehre die Bedeutung des gemeinen subsidiären Rechts mit Erfolg in Anspruch nahm; auch in die Behandlung des particulären Rechts, für dessen Interpretation nun eine neue reiche Quelle eröffnet war, kam ein frischer Geist; und was das Wichtigste ist, es ward für spätere, einer nationalen Erhebung günstigere Zeiten und für eine freiere Gestaltung des Rechtslebens eine bedeu-

tende Vorarbeit gethan, an welche sich umfassendere Bestrebungen anschließen konnten. Es fehlte jenen Männern der höhere, nationale Impuls, die staatsmännische Weihe, welche J. Möser so einzig groß erscheinen lassen; aber daß uns die Romanisten nicht ganz eingesponnen haben, daß sich ein Kern echtdeutschen Rechtes wieder zum wissenschaftlichen Bewußtseyn herausbilden konnte, ist doch vorzugsweise ihr Verdienst.

In dem Verhältniß nun, wie diese germanistische Richtung an Boden gewann, mußte das römische Recht daran einbüßen. Es verlor seine Herrschaft über die Statute, und da, wo es sonst unbedingt zur Anwendung gekommen war, auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, mußte es das deutsche als ebenbürtigen Genossen neben sich anerkennen. Aber die formelle Geltung des Corpus Juris, welches man als eine eigentliche lex scripta zu behandeln gewohnt gewesen war, ward unter den Händen der Romanisten selbst immer schwankender, je mehr die selbständige Bedeutung des Juristenrechts zum wissenschaftlichen Bewußtseyn kam. Es ist daher auch eine ganz consequente Auffassung, welche gewiß immermehr Anerkennung finden wird, wenn Kierulff den Inhalt des Corpus Juris nur als ein Element des jetzt geltenden Rechtssystems anerkennt, welches nicht deswegen, weil es geschrieben steht, sondern deswegen, weil es in die moderne Rechtsbildung übergegangen ist, auf eine positive Geltung Anspruch machen kann; und nicht weniger bezeichnend ist es, wenn v. Savigny das ganze öffentliche Recht der Auctorität des römischen Rechts entziehen will. Vergleicht man mit solchen Erscheinungen die Lehre der Romanisten zur Zeit, als die Reception des fremden Rechts in Deutschland begründet ward, so stellt sich recht deutlich heraus, wie verschieden der Einfluß ist, den dieses Ereig-

niß früher gehabt hat und den es auf das heutige deutsche Recht ausübt.

Wenn aber auch in diesem Entwicklungsproceß ein allmäliger Fortschritt nicht zu verkennen ist, so ward doch das Bessere dadurch mehr vorbereitet, als unmittelbar begründet. Der unsichere und schwankende Zustand des gemeinen Rechts, in welchem das fremde Element noch immer überwiegend war, und das Volksrecht noch so wenig Anerkennung fand; die regellose und zum Theil ganz willkührliche Mannichfaltigkeit der Landrechte und Statute; der Mangel einer organischen Durchbildung, welche sowohl die verschiedenen Theile des gemeinen Rechts als auch dieses und das particuläre zu einer innern Einheit verbunden hätte; die Beschaffenheit des bloß auf äußerliche Garantien gebauten, unerhört schleppenden und kostspieligen Processes, — das waren Gebrechen, welche dem deutschen Rechtswesen noch immer anhingen, und deren Beseitigung theilweise wenigstens nur von dem energischen Eingreifen der Gesetzgebung erwartet werden konnte. Diese war nun fast ausschließlich in die Hände der Landesherrn gekommen, da von dem Reiche kein tüchtiges, gemeinsames Werk mehr ausgehen konnte, die Landstände immer mehr an Bedeutung verloren und die eigenthümliche Wirksamkeit der Autonomie mit der Freiheit und Selbständigkeit den Corporationen fast ganz zurücktrat. In der Landeshoheit concentrirte sich überhaupt eine große Fülle öffentlicher Gewalt, welche in dem westphälischen Frieden eine staatsrechtliche Anerkennung gefunden hatte; sie näherte sich, wenigstens in den größeren Territorien, immermehr dem Begriff einer einheitlichen Staatsgewalt, womit in Verbindung stand, daß die frühere landesherrliche Dienerschaft, welche das besondere Interesse des Landes-

herrn und seines Hauses wahrzunehmen hatte, zur Bedeutung der für das gemeine Wohl thätigen Staatsbeamten sich erhob. Aber die Ausbildung der Volksfreiheit hielt mit der des Staatsprincips keinen gleichen Schritt. Es ward nun von oben her bis in das kleinste Detail der Verwaltung herunter regiert und administrirt, bald unter dem Titel der fürstlich-obrigkeitlichen Gewalt oder der allgemeinen Landespolizei, bald in Folge der neu ausgebildeten Lehre von den Regalien und überhaupt im fiscalischen Interesse der Finanz, für welche an vielen Orten die strenge Sonderung des Domanii von dem Steuerwesen nicht mehr festgehalten ward. Auf diese Weise bekam jedes deutsche Land einen ganzen Codex einzelner landesherrlicher Verordnungen, welche sich an keine strenge Rechtsentwicklung bindend oft mehr den Charakter von Instructionen für die Beamten, als von förmlich publicirten Gesetzen hatten. Für das eigentliche Rechtswesen selbst geschah wenig, die reformirten Land- und Stadtrechte, an denen das 16. Jahrhundert so reich war, werden seit dem Ausbruch des 30jährigen Krieges seltner, und verlieren auch an Bedeutung und Originalität. Erst im Laufe des 18. Jahrhunderts zeigt sich wieder eine größere Thätigkeit auf diesem Gebiete, welche darauf gerichtet war, die Fortschritte der Bildung und der Staatsentwicklung auch in der Gesetzgebung zu bethätigen. Und nicht bloß auf die Entfernung einzelner Mißbräuche war man bedacht; man beschäftigte sich schon mit der zeitgemäßen Feststellung des gesammten geltenden Rechts, worauf das practische Bedürfniß, die germanistische Tendenz der Juristen und die naturrechtliche Betrachtungsweise der damaligen Zeit hindrängten. In Baiern ward schon ein Theil des gemeinrechtlichen **Usus modernus** verarbeitet und in das Gesetzbuch aufgenom-

men; doch fand diese Richtung erst in der preußischen Codification eine vollständige und consequente Vertretung.

Preußen hatte sich an der Stelle von Chursachsen an die Spitze des protestantischen Deutschlands gestellt, und fand auch an Braunschweig-Lüneburg keinen gefährlichen Nebenbuhler mehr, seitdem das dortige Churhaus nach England verpflanzt worden war. Es hatte unter seinen großen Fürsten zuerst eine energische Regierung in Deutschland erhalten, und sah diese im Sinne des modernen Staates consequent ausgebildet. Friedrich der Große vertrat dieses Princip mit der ganzen Kraft seiner Persönlichkeit nach allen Seiten hin; von ihm ging auch die Idee der Codification des preußischen Rechts aus, welches seinem ganzen Umfange nach gesetzlich festgestellt werden, und in selbständiger Haltung von dem gemeinen deutschen Recht abgeschlossen bleiben sollte. Dieselbe Tendenz verfolgte gleichzeitig Oesterreich, und hat sie ebenfalls realisirt. So entzogen sich die beiden ersten Staaten Deutschlands dem unmittelbaren Einfluß der gemeinsamen deutschen Rechtsentwicklung, — ein Ereigniß, welches in den äußern Verhältnissen der damaligen Zeit begründet scheinen mag, aber doch als ein großes nationales Unglück betrachtet werden muß. Im Uebrigen ist freilich nicht zu verkennen, daß durch diese großen legislativen Arbeiten, neben welchen noch die französische Gesetzgebung ihre selbständige Bedeutung in Anspruch nimmt, das gesammte moderne Rechtswesen und namentlich auch das deutsche außerordentlich gefördert und gehoben ist. Selbst das preußische Landrecht, welches, als das erste dieser Werke, mit vielen eigenthümlichen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, verdient die größte Anerkennung; die Mängel, mit denen es behaftet ist, sind vorzugsweise solche, welche in den Verhältnissen, unter

denen es entstanden, ihre Veranlassung gehabt haben. Die Idee, welche den Staat Friedrich des Großen beherrschte, schloß jede freie Bewegung eines volksthümlichen Rechtslebens aus; auch die selbständige Haltung der Jurisprudenz, der man die bestehende Rechtsunsicherheit Schuld gab, sollte gebrochen werden; die kluge Berechnung des Zweckmäßigen war der leitende Gedanke der Arbeit, die sich gerade da, wo es darauf ankam, etwas Neues zu schaffen, wie in der Gerichtsordnung, am Wenigsten bewährt hat. Dazu kommt, daß bei der Schwäche der damaligen Theorie manche, namentlich deutschrechtliche Institute nur unvollkommen behandelt sind, und daß man sich über die Bedeutung der Provinzialrechte und über deren Stellung zum Landrechte nicht ganz klar war. Wie hoch man daher auch den Werth dieser Gesetzgebung anschlagen mag: die gründliche Durcharbeitung des Materials, den verständigen, practischen Sinn, die humane und freisinnige Feststellung wichtiger Lehren; — wahr bleibt doch, daß die moderne deutsche Rechtsentwicklung darin auch für Preußen noch nicht ihre legislative Erledigung gefunden hat.

Aber wäre es denn nicht das Beste, sofort Hand anzulegen, und für ganz Deutschland ein gemeinsames Gesetzbuch abzufassen? Es sind nun bald 30 Jahre verflossen, seitdem Thibaut zu einem solchen Werke aufforderte. Damals waren die öffentlichen Angelegenheiten Deutschlands noch nicht auf dem Wiener Congresse geordnet, und es war die Hoffnung auf eine größere politische Einheit des Vaterlandes noch bei vielen lebendig; die Möglichkeit, daß sich ein Organ für eine gemeinsame Gesetzgebung werde herstellen lassen, lag noch vor, und in den zerrütteten Rechtszuständen schien für die im kräftigen Aufschwung begriffene Nation eine dringende Aufforde-

rung zur Begründung eines großartigen Neubaus gegeben. Allein die Ereignisse zeigten bald, daß schon aus allgemeinen politischen Gründen jener Plan nicht werde durchgeführt werden können, und so nahm der Streit über dessen Werth und Bedeutung, der auch nur mit besonderer Rücksicht auf das bürgerliche Recht geführt ward, den Charakter einer wissenschaftlichen Erörterung an. Was aber damals nicht erreichbar war, das ist es jetzt noch weniger, und es müssen besonders günstige Verhältnisse eintreten, wenn es zu einer formellen Einheit in der deutschen Gesetzgebung kommen soll. Vielleicht wird auch hierzu der große deutsche Handelsverein in seiner weiteren Entwicklung die Veranlassung geben. Wie die Sachen jetzt stehen, ist zunächst nur zu wünschen, daß die Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten sich möglichst gleichförmig und im Sinne des nationalen Fortschritts ausbilde. Dazu wird es aber vor Allem der kräftigeren Entfaltung eines gemeinsamen Volkslebens und der Wissenschaft des gemeinen Rechts in ihrer höheren Entwicklung bedürfen; das sind die beiden Mächte, in denen auch jede spätere, tiefer greifende Reform des deutschen Rechtswesens ihre besten Stützen finden wird.

Zweites Kapitel.

Feststellung des Gegenstandes.

Es ist ein großes Verdienst, welches v. Savigny sich nicht bloß um die deutsche Rechtswissenschaft erworben, daß er zuerst die Entstehung des Rechts in ihrer tieferen geschichtlichen Begründung dargestellt, und, was schon von Anderen mehr oder weniger klar erkannt worden war, zum wissenschaftlichen Bewußtseyn herausgebildet hat. Auch ist der Einfluß seiner Lehre auf die Gegenwart in Theorie und Praxis unverkennbar, und nicht leicht wird eine allgemeine Betrachtung über die gegenseitigen Beziehungen zwischen Recht und Volk und Staat und Wissenschaft umhin können, sich in ein bestimmtes Verhältniß zu jener auch formell so gelungenen Darlegung zu setzen, sey es nun, daß sie zum Ausgangspunct einer weiteren wissenschaftlichen Entwicklung gemacht wird, oder daß man sich abwehrend und feindselig dagegen verhält. Auch diese Schrift, wenn gleich ihren eigenen Weg verfolgend, lehnt sich im Wesentlichen an die durch v. Savigny vertretene Grundansicht an; sie ist durch sie hervorgerufen und auf gewisse Weise überhaupt erst möglich geworden. Es wird daher angemessen seyn, zuvörderst in kurzen Zügen das Wesen der historischen Rechtslehre anzugeben, um das Verhältniß, in welcher diese Schrift sich zu ihr befindet, bestimmt festzustellen, und für die folgende Erörterung die rechte Grundlage zu gewinnen. Den besten Anhalt gewähren dafür natürlich des Meisters eigene Werke*);

*) Hier kommen besonders in Betracht: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814, 2. Aufl. 1828; System des heutigen Römischen Rechts. Band 1. Berlin 1840.

doch ist auch auf Puchta's Gewohnheitsrecht (2 Bände, Erlangen 1828 und 1837) besondere Rücksicht zu nehmen, weil darin nicht bloß die v. Savigny'schen Ansichten weiter ausgeführt, sondern auch zum Theil neu und selbständig begründet sind, so daß wiederum der erste Band des Systems des heutigen römischen Rechts in wesentlichen Puncten darauf beruht. Stahl ist in seiner Rechtsphilosophie auf diese Seite der Rechtslehre weniger selbständig eingegangen.

Das Recht ist in seiner ersten Entstehung nicht das Product des Zufalls oder der menschlichen Willkühr, Ueberlegung und Weisheit; weder die Gesetzgebung, noch die philosophische Abstraction hat es geschaffen. Auf der breiten Basis allgemein menschlicher Verhältnisse entwickelt es sich unmittelbar im Volksleben, wie die Sitte und die Sprache; es ist lebendig in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volkes, von dessen individueller Beschaffenheit es auch seinen besonderen Charakter erhält. Die einfachen Zustände, in denen sich die Völker in ihrer Jugendzeit finden, gestatten eine solche unmittelbare Anschauung der Rechtsinstitute, welche fern von aller bewußten Reflexion, mit einer gewissen Nothwendigkeit das Richtige trifft, und deswegen eben, wie ein Theil des Volksglaubens, gleichmäßig die Gesammtheit erfüllt. Die Zeit des Volksrechts ist auch die der Volksgerichte. — Aber in der weiteren Entwicklung der menschlichen Dinge nehmen die ursprünglich so einfachen Verhältnisse allmälig eine krausere Gestalt an; die Rechtsinstitute bekommen eine Geschichte; das Volk in seiner Gesammtheit verliert die sichere und unmittelbare Beherrschung seines Rechts, welches in allen Beziehungen nur von denen, die sich besonders damit beschäftigen, richtig erkannt und angewandt wird. Denn es scheiden sich auch schon die Stände,

nicht bloß nach der Geburt, sondern auch nach der Beschäftigung und dem Beruf; eine Theilung der Arbeit tritt ein. Dem Rechte wird freilich noch der innere Zusammenhang mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewahrt; aber dieß geschieht vorzugsweise nur noch durch die Vermittlung besonderer Organe: die gesetzgebende Gewalt und der Juristenstand entwickeln jetzt ihre tief eingreifende Thätigkeit. — „Das Gesetz ist das Organ des Volksrechtes. Wollte man daran zweifeln, so müßte man den Gesetzgeber als außer der Nation stehend denken; er steht aber vielmehr in ihrem Mittelpunct, so daß er ihren Geist, ihre Gesinnungen, ihre Bedürfnisse in sich concentrirt, und daß wir ihn als wahren Vertreter des Volksgeistes anzusehen haben.“ (v. Savigny, System. I. S. 39). — Der Einfluß des Gesetzgebers auf das Recht zeigt sich aber in zwiefacher Weise: als ergänzende Nachhülfe für das positive Recht und und, was noch wichtiger ist, als Unterstützung seines allmäligen Fortschreitens, indem die vom Volke gewichene oder doch in demselben geschwächte rechtsbildende Kraft von dem Gesetzgeber ersetzt wird.

Nicht weniger bedeutend ist der Einfluß, den die Thätigkeit des Juristenstandes auf das Recht ausübt. „Es liegt in dem natürlichen Entwicklungsgang der Völker, daß bei fortschreitender Bildung einzelne Thätigkeiten und Kenntnisse sich absondern, und so den eigenthümlichen Lebensberuf besonderer Stände bilden. So auch wird das Recht, ursprünglich Gemeingut des gesammten Volkes, durch die sich mehr verzweigenden Verhältnisse des thätigen Lebens ins Einzelne ausgebildet, daß es durch die im Volke gleichmäßig verbreitete Kenntniß nicht mehr beherrscht werden kann. Dann wird sich ein besonderer Stand der Rechtskundigen bilden, welcher, selbst

Bestandtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesammtheit vertritt. Das Recht ist im besondern Bewußtseyn dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigenthümliche Entwicklung des Volksrechts. Es führt daher nun ein zwiefaches Leben: seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewußtseyn des Volks, die genauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes. Die äußern Formen der Thätigkeit dieses Standes geben ein Bild von der sehr allmäligen Entwicklung desselben. Zuerst erscheint er bloß als Rath gebend in einzelnen Fällen, theils durch Gutachten über die Entscheidung eines Rechtsstreits, theils durch Belehrung über die richtige Abfassung feierlicher Rechtsgeschäfte. Daneben finden sich dann als erste literarische Versuche gewöhnlich Formulare, mechanische Anweisungen zur genauen Besorgung von Rechtsgeschäften. Nach und nach wird die Thätigkeit geistiger und bildet sich zur Wissenschaft aus. Nun erscheinen als theoretische Formen Darstellungen des Rechts theils in mannichfaltigen Büchern, theils in mündlicher Lehre: als praktische Formen aber die Urtheilssprüche der Gerichte, die sich von den alten Volksgerichten theils durch die wissenschaftliche Bildung der Mitglieder, theils durch die Tradition bleibender Collegien unterscheiden. Man kann hiernach bei dem Juristenstande eine zwiefache Wirksamkeit unterscheiden: eine materielle, indem sich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks großentheils in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt wird: und eine formelle, rein wissenschaftliche, indem von ihm das Recht überhaupt, wie es auch entstanden seyn möge, in wissenschaftlicher Weise zum Bewußtseyn gebracht und dargestellt wird." — —

„Aus der bisherigen Darstellung geht hervor, daß ursprünglich alles positive Recht Volksrecht ist, und daß dieser ursprünglichen Rechtserzeugung (oft schon in frühen Zeiten) Gesetzgebung ergänzend und unterstützend zur Seite tritt. Kommt dann, durch fortschreitende Entwicklung des Volks, Rechtswissenschaft hinzu, so sind dem Volksrecht in dem Gesetz und der Wissenschaft zwei Organe gegeben, deren jedes zugleich sein eigenes Leben für sich führt. Nimmt endlich in späteren Zeiten die rechtsbildende Kraft des Volkes in seiner Totalität ab, so lebt sie fort in diesen Organen. Dann aber ist auch von dem alten Volksrecht meist wenig mehr in seiner ursprünglichen Gestalt sichtbar, indem dasselbe, seinem größten und wichtigsten Theile nach, in Gesetzgebung und Wissenschaft verarbeitet seyn wird, und nur noch in dieser unmittelbar erscheint." (v. Savigny a. a. O. S. 45 ff.).

Auf diese Weise ist also für die Entstehung des Rechts ein organischer Entwicklungsproceß nachgewiesen, und die Ansicht, daß das Gewohnheitsrecht den Grund seiner Geltung in der langen Uebung, in der fortgesetzten Anwendung gleichartiger Regeln habe, beseitigt. Die Gewohnheit ist das Kennzeichen des ungeschriebenen Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund, und im Allgemeinen kann man sagen: das Gewohnheitsrecht ist Volksrecht. Nur insofern manche ins Einzelne gehende Bestimmungen noch nicht ins volle Bewußtseyn des Volkes übergetreten sind, kann es durch die öftere Uebung derselben erlangt werden, daß dieses geschehe, und daß sie dadurch ein sichereres Daseyn gewinnen. „Außerdem liegt auch in der Natur vieler Bestimmungen eine relative Gleichgültigkeit: es kommt bei ihnen nur darauf an, daß irgend eine feste Regel gelte und als geltend bekannt sey, welche es auch sey.

Dahin gehören die vielen Fälle, in welchen die Rechtsregel irgend eine Zahl in sich schließt, und wobei innerhalb gewisser Extreme stets ein großer Spielraum der Willkühr übrig bleibt, wie bei den Verjährungszeiten; eben so die Rechtsregeln, die bloß die äußere Form eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben. In allen Fällen dieser Art werden wir, mit unsrem früheren Denken und Wollen, eine Autorität für uns selbst in jeder späteren Anwendung, und so kann allerdings die Gewohnheit als solche auf die Rechtsbildung Einfluß haben. Es wirkt hier das Gesetz der Continuität menschlicher Gesinnungen, Handlungen und Zustände: ein Gesetz, welches auch in manchen einzelnen Rechtsinstituten von ausgedehntem Einfluß ist." (A. a. O. S. 36).

Verweilen wir nun erst einmal bei dieser allgemeinen Darstellung der historischen Rechtslehre, ehe wir uns zu der Betrachtung der besonderen deutschen Zustände wenden. Gewiß hat v. Savigny einen tiefen Blick in das innere Rechtsleben gethan, wie es sich bei edlen Völkern in seinen ersten Anfängen gestaltet; auch liegt in der Art, wie die weitere Entwicklung desselben geschildert wird, viel Treffendes und Wahres. Könnte man auch vielleicht geneigt seyn, den Einfluß, welchen die Gewohnheit auf die Rechtsbildung auszuüben pflegt, für zu gering angeschlagen zu halten, so wird dieser Einwand doch da, wo es sich von der Darlegung eines ganz normalen, ohne besondere äußere Störungen organisch vor sich gehenden Processes handelt, kaum gerechtfertigt erscheinen. Dagegen läßt sich in Beziehung auf einen andern Punct schon hier ein Widerspruch erheben, der in folgender Betrachtung

seine Begründung findet. v. Savigny stellt die bei der Rechtserzeugung unmittelbar thätige Kraft des Volkes so dar, daß sie Anfangs allein wirksam erscheint, allmälig aber nachläßt und zuletzt fast ganz von der Gesetzgebung und dem Juristenstande als den beiden Organen des Volksrechts vertreten wird. Nun ist es freilich außer Frage, daß das Volk in vorgerückten Zeiten sich die unmittelbare Herrschaft über das Recht nicht mehr in seinem ganzen Umfange erhalten kann, und daß es daher auch bei der Fortbildung desselben einer Hülfe bedarf, welche ihm die Gesetzgebung und der Juristenstand gewähren. Allein daß diese nun an seine Stelle treten, es fast von jeder unmittelbaren Theilnahme an der Rechtsbildung ausschließen sollen, das ist eine Ansicht, welche, so allgemein hingestellt wenigstens, der innern Begründung entbehren möchte. Denn es würde darin der Satz ausgesprochen seyn, daß ein Volk, welches einen gewissen Grad der Cultur erreicht hätte, auf ein frisches Leben in ursprünglicher Kraft und Freiheit nothwendig verzichten müsse, weil, so lange dieses besteht, auch neue Rechtsformen daraus hervorwachsen und zur unmittelbaren Geltung gelangen werden. Die Gesetzgebung kann eine solche Entwicklung freilich sehr befördern; sie kann ihr auch hindernd entgegen treten, wenn z. B. in einem bestimmten Staate nur der geschriebenen Satzung die Kraft einer bindenden Rechtsregel zuerkannt wird: allein das sind doch Zufälligkeiten, welche das Wesen der Sache nicht verändern. Der Juristenstand aber wird eine jede neue Erscheinung auf dem Gebiete des positiven Rechts anzuerkennen und in den Kreis seiner Rechtskunde aufzunehmen haben. Wenn daher nur die allgemeinen Voraussetzungen, von denen überhaupt die Entstehung des Volksrechts abhängt, vorhanden sind, so kann es

sich auch noch in späterer Zeit selbständig entwickeln, und die Geschichte zeigt, daß dieß bei lebenskräftigen, gesunden Völkern allerdings der Fall gewesen ist. Man darf nur, um dieß zu erkennen, seinen Blick nicht vorzugsweise auf die römische Kaiserzeit richten, in der ja fast jede Spur einer schaffenden Volkskraft verschwunden war.

Diese allgemeine Betrachtung aber führt zu einer weiteren Erwägung der Stellung, welche v. Savigny der Gesetzgebung und dem Juristenstande einräumt, und welche noch etwas genauer zu prüfen ist.

1. Die Bedeutung der Gesetzgebung für die Rechtsbildung ist so eben im Gegensatz zu v. Savigny's Lehre beschränkt worden; aber von einer andern Seite betrachtet, scheint sie von ihm nicht hoch genug angeschlagen zu seyn. Sie soll das Volksrecht nachhelfend ergänzen und es später in Verbindung mit dem Juristenstande fortführen. Allein jene beschränkte Aufgabe, welche ihr für die frühere Periode angewiesen ist, entspricht nicht ganz dem mächtigen Einfluß, den zu allen Zeiten und bei allen Völkern die schaffende und ordnende Kraft, die bewußte That des Gesetzgebers ausgeübt hat. Das Privatrecht freilich pflegt den Weg der stillen, naiven Entwicklung zu gehen, und bedarf nur unter besondern Verhältnissen einer umfassenden legislativen Feststellung; aber in dem Privatrecht ist nicht das ganze Recht, nicht einmal der wichtigste Theil desselben enthalten. Das öffentliche Recht in seinem weitesten Umfange pflegt sich nicht auf eine so friedliche, leichte Weise zu gestalten. Allerdings ist auch hier die im Volke ruhende Kraft und Begabung, gewissermaaßen seine Aussteuer für den ihm bestimmten Lebensweg, das eigentlich Maaßgebende bei jeder Gestaltung, und der Nomothet würde für die Dauer

wenig vermögen, welcher nicht im Geiste seines Volkes und gerade des in der bestimmten Zeit vorhandenen Volkes die Tafeln des Gesetzes ausfüllte. Aber es giebt hohe, gewaltige Naturen, in deren Anschauung sich das Allen Gemeinsame zum schöneren Bilde verklärt, und welche die schöpferische Kraft haben, es concret hinzustellen, damit es den Uebrigen zum Muster diene und ihren Sinn erhebe. Ein Solcher erfaßt als Staatsmann, als Gesetzgeber seine Gegenwart ganz, aber er blickt auch prophetisch in die Zukunft, und zeigt dem Volke die Bahnen an, welche zu durchlaufen es bestimmt ist. Das Alterthum, überhaupt concreter und plastischer, war reicher an solchen Erscheinungen, als die germanische Welt; aber auch dieser haben sie nicht gefehlt: ich nenne nur Karl den Großen und Luther. — Es ist jedoch nicht nothwendig, daß sich die legislative Kraft in einer bestimmten Person, die ja auch ihre Gehülfen haben muß, concentrirt darstellt; sie kann sich auch als eine gemeinsame Thätigkeit Mehrer oder Vieler geltend machen, und als der formell bestimmte Wille der Gesammtheit in einem Volksbeschluß, einer autonomischen Beliebung sich aussprechen, indem es von der Verfassung des einzelnen Staatswesens abhängt, wer gerade die Träger der gesetzgebenden Gewalt sind. — Wir sehen also, daß die Gesetzgebung schon frühe neben der unbewußt wirkenden Volkskraft als eine das Recht erzeugende Macht auftritt, und zwar nicht immer als eine vereinzelte Erscheinung, sondern zuweilen auch mit einer consequent fortgesetzten, dauernden Wirksamkeit. So haben, um ein recht bezeichnendes Beispiel zu wählen, die Isländer mit einer solchen bewußten Thätigkeit ihre eigenthümliche Rechtsverfassung gebildet, welche uns durch Dahlmann's meisterhafte Schilderung erst recht zur Anschauung gebracht,

den Beweis liefert, wie schöpferisch auch das alte Germanenthum, wenn die Verhältnisse es verlangten, sein Staatswesen zu ordnen wußte.

Ist aber für die ältesten, im ersten Naturleben der Völker noch so kräftigen Zeiten die selbständige Bedeutung der Gesetzgebung schon so hoch anzuschlagen, so zeigt sie sich doch in einer späteren Periode der Entwicklung nicht weniger groß. Allerdings wird es dann nicht so sehr darauf ankommen, die Idee des Staates, welche schon in festen Institutionen ausgeprägt ist, zur Verwirklichung zu bringen; allein dafür wird sich die gesetzgebende Gewalt in einer mehr regelmäßigen und gleichartigen Wirksamkeit bewegen. Nur dann, wenn ein in seiner organischen Entwicklung gestörtes und gehemmtes Volksleben nach den ihm gemäßen Formen ringt und sie auf dem Wege der allmäligen Entwicklung nicht gewinnen kann, wird auch ein großer constituirender Act der Gesetzgebung nöthig seyn, um die verwilderten Zustände unter eine neue Ordnung zu bringen, und die Herrschaft von einfachen, dem Bedürfniß entsprechenden Satzungen zu begründen. Eine solche Reform, welche als Revolution auftritt, wenn die bestehende Verfassung nicht elastisch genug ist, die neue Bildung in sich aufzunehmen, ist am Ende des Mittelalters in den deutschen Reichsangelegenheiten ohne Erfolg versucht, während sie für die Kirche wenigstens theilweise durchgeführt worden ist.

2. Eine weitere Erwägung verdient noch die Stellung, welche nach v. Savigny's Ansicht der Juristenstand einnimmt. Betrachtet man nämlich unbefangen die Rechtszustände in den verschiedenen Perioden der Staatsentwicklung, so werden sich wohl kaum so schroffe Gegensätze als naturgemäß herausstellen, wie sie zu bestehen scheinen, wenn man sich das Recht in

der einen Zeit durchaus in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volkes denkt, und dann nach einigen Uebergängen von der unmittelbaren Anschauung des Volkes losgetrennt in der Hand eines besonderen Juristenstandes. Zu jeder Zeit und auch in den ersten Anfängen eines geordneten Volkslebens wird sich in der Rechtskunde der Einfluß geltend machen, den Erfahrung, Einsicht und ein gerechter Sinn nothwendig verschaffen, und bei der Gesetzgebung wie im Gericht wird sich nach dem Grade, in welchem der Einzelne diese Vorzüge besitzt, seine Stellung verschieden ausnehmen; ja es ist ganz natürlich, daß man gerade solche Männer aus dem Volke, welche sich besonders zur Handhabung des Rechts eignen, hervorzieht, um ihre Kräfte im Interesse der Gesammtheit zu gebrauchen. Aber deswegen bilden sie noch keinen eigenen Stand, wenn man diesen Begriff auch im weiteren Sinne nimmt, da sie sich nicht gerade ausschließlich oder nur vorzugsweise mit der Rechtspflege beschäftigen, oder, wenn dieß der Fall ist, es doch nur in Folge einer allgemeineren, von ihnen besonders ernsthaft genommenen Bürgerpflicht thun. So hat sich in Athen nie ein eigentlicher Juristenstand entwickelt *); ebenso wenig war das in Rom bis zu den letzten Zeiten der Republik, also während der eigentlichen Blüthe derselben, der Fall, und auch die deutschen Schöffen des 14. und 15. Jahrhunderts, welche doch, namentlich in den größeren Handelsstädten, so umfassende und verwickelte Rechtsverhältnisse, wie sie nur gegenwärtig vorkommen, zu beurtheilen hatten, zeigen sich nicht in der erwähnten Abgeschlossenheit. In allen diesen Fällen finden

---

*) Die Zweifel, welche ich über diesen Punct etwa noch hegte, hat eine Mittheilung meines gelehrten Collegen Schömann gehoben.

wir aber ein lebendiges öffentliches Leben, eine unmittelbare Theilnahme des Volks an den Angelegenheiten des Staats oder der Gemeinde, so daß die Beziehung dieser Theilnahme auf die Gesetzgebung und die Rechtspflege nur die Folge allgemeiner Zustände und Verhältnisse ist, und das Volksrecht noch in fast ungeschwächter Herrschaft fortbesteht. Dagegen ist es gar nicht nothwendig, daß die literarische Thätigkeit der Rechtskundigen sich in solchen Zeiten auf untergeordnete, fast nur das Formelle der Rechtsgeschäfte betreffende Arbeiten beschränkt.

So viel wir wissen ist der Verfasser des Sachsenspiegels in seiner ganzen Fülle und Tüchtigkeit als Schriftsteller aufgetreten, ohne daß er bestimmte Vorgänger vor Augen gehabt hätte; denn die Formelsammlungen aus den Zeiten der fränkischen Monarchie und die auf dem Gebiete des geistlichen Rechts entstandenen Werke, die auch stets einen eigenthümlichen Charakter hatten, kommen hier nicht in Betracht. — Wir dürfen daher annehmen, daß der Einfluß der Rechtskundigen von v. Savigny theils zu hoch, theils zu niedrig ist angeschlagen worden. Die unbedingte Herrschaft eines besonderen Juristenstandes über das gesammte Rechtswesen wird aber unter keinen Umständen als etwas Heilsames und dem höheren Staatsprincip Entsprechendes aufgefaßt werden dürfen. In Rom mag unter den gegebenen Verhältnissen ein solcher Zustand, insofern er sich mit der Alleinherrschaft der Cäsaren vertrug, unvermeidlich gewesen seyn und beziehungsweise wohlthätig eingewirkt haben; aber die römische Kaiserzeit kann nicht als Vorbild für die Zustände anderer, sey es noch unentwickelter oder hochgebildeter Nationen benutzt werden. Ein freies Volk darf schon aus politischer Klugheit und im Interesse der

Freiheit die Herrschaft über das Recht nicht ganz aus seinen Händen geben; und wenn es zur Erlangung einer größeren Rechtssicherheit und aus Rücksicht auf die Förderung und Sicherung der Geschäfte einen eigenen Juristenstand aufkommen läßt, so wird es doch darnach streben, ihn in seiner Thätigkeit durch feste Institutionen zu beschränken und überhaupt argwöhnisch überwachen. So ist es in England. — Daher erklärt es sich auch, daß in Deutschland, seitdem es wieder zu einem regeren politischen Leben erwacht ist, die fast ausschließliche Herrschaft der Juristen über das Recht schwer gefühlt wird, und daß eine Reaction dagegen im Volke sich zu regen beginnt. v. Savigny (a. a. O. S. 48) sucht nun freilich durch folgende Bemerkung einer solchen Mißstimmung jede Begründung abzusprechen:

> „Es erscheint also hierin ein mannichfaltiger Einfluß des Juristenstandes auf das positive Recht. Gegen die Behauptung dieses Einflusses ist zuweilen der Vorwurf einer unbefugten Anmaaßung erhoben worden. Dieser Vorwurf könnte nur dann gegründet seyn, wenn die Juristen einen geschlossenen Stand bilden wollten. Da aber Jeder Jurist werden kann, der die nöthige Kraft darauf wendet, so liegt in jener Behauptung nur der einfache Satz, daß, Wer das Recht zu seinem Lebensberuf macht, durch seine größere Sachkenntniß mehr als Andere auf das Recht Einfluß haben wird."

Allein wenn man den Vorwurf nur anders formulirt, und nicht gegen die Juristen, welche die Herrschaft ausüben, sondern gegen die Rechtsverfassung selbst, in welcher sie nothwendig ist, richtet, so wird jene Argumentation ihn nicht ent-

kräften. Denn das ist eben das Uebel, daß wer nur irgend eine genügende Kunde des Rechts erlangen und seinen Einfluß darauf geltend machen will, es eben zu seinem Lebensberuf machen muß; daß Einsicht, Erfahrung, Weisheit, Gerechtigkeit nichts vermögen, wenn nicht ein gelehrtes Studium hinzukommt, welches höchst selten mit einem andern Lebensberuf verbunden werden kann. Die Juristen trifft dabei nur insofern ein Tadel, als sie diesen unglückseligen Zustand haben herbeiführen helfen, und sich etwa seiner Reform aus Beschränktheit oder Egoismus widersetzen.

Hier sind wir nun aber bei einem Puncte angelangt, welcher sich wieder unmittelbar an die oben begonnene Darstellung der v. Savigny'schen Rechtslehre anschließt, indem es zur Frage gestellt wird, wie es sich denn mit ihrer Anwendung auf Deutschland, auf unser geltendes Recht verhält? Bedenkt man nun, wie dasselbe beschaffen, und wie namentlich das nationale Volksrecht durch die Aufnahme des römischen Rechts eingeengt, ja fast ganz erdrückt worden ist, so dürfte wohl die Antwort erwartet werden, daß hier seit jenem Ereigniß keine organische Fortbildung vor sich gegangen, sondern daß der innere Entwicklungsproceß durch äußere Umstände gehemmt und gebrochen worden sey. Aber so wird von jener Seite die Sache nicht dargestellt; es wird vielmehr die Aufnahme des römischen Rechts als ein innerlich begründetes, fast nothwendig gewordenes Factum den bestimmenden Momenten der deutschen Rechtsgeschichte eingereiht, und nun, ohne den ungeheuren dadurch veranlaßten Gegensatz hervorzuheben, die weitere Construction des deutschen Rechtes nach den allgemeinen, früher angegebenen Grundzügen der Rechtserzeugung unbefangen fortgeführt.

Puchta sagt, indem er von der Ungunst handelt, welche die Romanisten dem einheimischen Recht erwiesen:

„Und in der That, um das Factum auch von dieser Seite zu betrachten: wer, der unserer Geschichte einen freien Blick zuwendet, kann ihnen daraus einen Vorwurf machen? Weder das Verfahren jener deutschen Juristen selbst, die das deutsche Recht gegen das römische in den Hintergrund stellten, noch seine Folgen sind von der Beschaffenheit, daß sie die Schmähungen verdienen, mit welchen unsere Germanisten (gehörte Ulrich Hutten auch dazu?) sie überschwemmt haben. Daß sie dem römischen Recht sich zuwandten, kann ihnen nur zum Lobe gereichen. Denn wer damals wissenschaftlichen Sinn und das Bedürfniß geistiger Bildung in diesem Zweige empfand, konnte keinen andern Weg einschlagen, als diesen, welcher die wissenschaftlichen Bemühungen zu einem Gegenstand führte, der selbst ein wissenschaftlicher und dieses in einem sehr hohen Grade war. Es war aber auch kein Grund vorhanden, welcher einen redlichen, ja patriotischen Mann davon zurück zu halten vermocht hätte. Nicht etwa die Eigenschaft des römischen Rechts als eines fremden, denn dieß war es nicht für jene Zeit (?!); wir verdanken diese Ansicht von demselben erst dem gutgemeinten, aber sehr übel angebrachten Eifer der Germanisten. Nicht ferner seine Unangemessenheit für Deutschland, denn auch diese ist nicht vorhanden; das römische Recht hatte im ganzen durch die klassischen Juristen und durch die Modificationen, welche es unter der kaiserlichen Gesetzgebung erlitt, vollkommen die Eigenschaft erhalten, wodurch es ein Weltrecht werden, und worin es sich mit den verschiedensten Natio-

naleigenthümlichkeiten vertragen konnte, wie es denn diese Probe wirklich schon in dem römischen, aus den mannigfaltigsten Volkscharakteren zusammengesetzten Reich bestanden hatte *)."

v. Savigny äußert sich über denselben Gegenstand folgender Maaßen:

„Der größte und merkwürdigste Act eines allgemeinen Gewohnheitsrechts in diesem Anfang der neuen Zeit war eben die Reception des Römischen Rechts selbst. — — Diese Reception aber hatte eine verschiedene Bedeutung in verschiedenen Nationen des neueren Europa, so daß die daraus hervorgehende Neuerung des Rechtszustandes in sehr verschiedenen Graden fühlbar werden mußte. In Italien war das Justinianische Recht niemals verschwunden: neu war also hier nur theils dessen Wiederbelebung, theils die eigenthümliche und bestimmte Begränzung, in welcher es nunmehr anerkannt wurde. In Frankreich war zwar auch das Römische Recht nicht verschwunden, aber die besondere Gestalt desselben in der Justinianischen Gesetzgebung war hier schon völlig neu. Weit fühlbarer aber mußte jene Reception in Deutschland werden, wo das Römische Recht selbst ein ganz neues, bisher unbekanntes Rechtselement war: freilich den neu entstandenen Lebensverhältnissen angemessen, da es nur dadurch Eingang finden konnte. Gerade hier nun ging ein langer und lebhafter Widerstreit der entschiedenen Reception vorher, und dadurch wurde diese Einwirkung des Gewohnheitsrechts sowohl vorbereitet als constatirt **)."

---

*) G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht. Th. 1. S. 202.

**) C. F. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Band 1. S. 78. 79.

Von Puchta's prädestinirtem Weltrecht braucht hier nun nicht weitläuftiger gehandelt zu werden. Nichts widerstreitet der Grundansicht der historischen Rechtslehre so entschieden, als die Annahme, daß es ein für alle Zeiten und Völker passendes sogenanntes Weltrecht geben könne; denn das heißt gerade die Bedeutung der Volksindividualität, welche doch das bestimmende Moment der Rechtsentwicklung seyn soll, verneinen. Es ist dieß die alte, gerade von v. Savigny so erfolgreich bestrittene, naturrechtliche Lehre von dem einen, nothwendigen Vernunftrecht; nur daß Puchta an die Stelle der Vernunft die römische Geschichte setzt. Einem Zasius, der im ersten Enthusiasmus eines noch jungen Studiums und vom Geiste des Alterthums trunken, nur im römischen Recht die ratio findet, mag eine solche Exaltation verziehen werden; aber jetzt sind wir doch, im gewohnten Besitz der Bildung, nüchtern genug geworden, um so etwas nicht mehr zu dulden. Eine solche verspätete Reaction gegen die deutschrechtliche Richtung in unserer Jurisprudenz wird sich, selbst unter den Romanisten, nicht viele Anhänger gewinnen. Lassen wir also dieses. Aber auch was v. Savigny anführt: das römische Recht sey den neu entstandenen Lebensverhältnissen angemessen gewesen, und habe nur dadurch Eingang bei den Deutschen finden können, — giebt der Reception desselben noch keine innere Begründung.

Zuerst fragt sich, was denn unter jenen neu entstandenen Lebensverhältnissen zu verstehen sey? Daß v. Savigny damit nicht hat sagen wollen, am Ende des Mittelalters seyen die Lebensverhältnisse ganz und gar anders geworden, und hätten nicht mehr nach dem früher geltenden Rechte beurtheilt werden können, ist doch wohl kaum anzunehmen; denn ich wüßte

in der That auch nicht das Geringste für diese so allgemein gefaßte Behauptung anzuführen. Es wird also wohl nur an einzelne Lebensverhältnisse zu denken seyn, welche sich, als Deutschland aus dem Mittelalter in die moderne Zeit übertrat, neu entwickelt haben. Doch möchten diese gerade in der Sphäre des Privatrechts, für welches die Herrschaft des römischen Rechts ja vorzugsweise begründet worden ist, am Spärlichsten anzutreffen seyn, wenigstens insofern es das Recht der Familie und des Grundbesitzes betrifft. Am Ersten noch wäre wohl für das Recht der Forderungen eine solche Umänderung anzunehmen, obgleich sie durchaus nicht allgemein eintrat, und jedenfalls sehr langsam vor sich ging; denn noch bis in das 17. Jahrhundert hinein behielten z. B. der Rentenkauf und die nutzbare Pfandsetzung ein entschiedenes Uebergewicht über das zinsbare Darlehn. Wenn sich aber auch wirklich einzelne neue Lebensverhältnisse zeigten, welche den Satzungen des älteren deutschen Rechts entwachsen waren, so dürfte man doch wohl, vom Standpuncte der historischen Rechtslehre aus, zu der Annahme berechtigt seyn, daß sich ihnen auch gleichzeitig eine entsprechende Rechtsbildung in selbständiger Entwicklung angeschlossen habe. Und daß so etwas wirklich in Deutschland vorgegangen ist, zeigen z. B. die allmäligen Veränderungen, welche in dem Güterrecht der Ehegatten eintraten; desgleichen die große Ausbildung, welche das deutsche Obligationenrecht, namentlich insofern es sich auf das Handelsrecht bezog, erfuhr, worüber die von Michelsen herausgegebenen Urtheile des Lübecker Oberhofs so interessante Belege liefern. — Aber gesetzt auch, für die neuen Lebensverhältnisse wäre das römische Recht die passende Quelle der Entscheidung gewesen, so ist es ja für das Privatrecht und einen großen Theil des

öffentlichen Rechts ganz im Allgemeinen recipirt, und auch auf die althergebrachten Rechtsverhältnisse angewandt worden! Darin läßt sich doch offenbar nur etwas Willkührliches, Gewaltthätiges erkennen, zumal wenn man bedenkt, daß der Act der Reception unter dem lebhaftesten Widerstande von Seiten des Volkes gegen die Romanisten und ihre Lehre vor sich ging. Wenn nun v. Savigny dennoch den Grund der Reception im Gewohnheitsrechte sucht, und dieses gerade dadurch, daß jener Widerstand besiegt worden, constatirt findet, so ist dagegen allerdings, insofern es sich von dem äußeren Factum handelt, nichts einzuwenden; aber seine innere Begründung hat dieses dadurch noch nicht erhalten. Das scheint nun freilich mit dem, was früher über die Bedeutung des Gewohnheitsrechts gesagt ist, in Widerspruch zu stehen; denn es ist ja angenommen worden, daß es, abgesehen von einzelnen Fällen, die hier nicht in Betracht kommen, durchaus mit dem Volksrecht zusammen fällt, und dadurch auch in jeder bestimmten Erscheinung gerechtfertigt ist, so daß die Gewohnheit nicht als der Grund, sondern nur als das Kennzeichen seiner Geltung erscheint.

Aber gerade hier, wo es sich um den Begriff des Gewohnheitsrechts handelt, ist ein Punct, bei welchem diese Schrift wieder wesentlich von der früheren historischen Rechtslehre abweicht, ja von dem sie gewissermaaßen ihren eigentlichen Ausgang genommen hat. Dabei ist nämlich Folgendes in Betracht zu nehmen.

Wenn ich früher der so eben gedachten Auffassung des Gewohnheitsrechts beistimmte, so geschah es unter der ausdrücklichen Beschränkung, daß es sich dabei von der Darlegung einer ganz normalen, ohne besondere äußere Störung organisch sich entwickelnden Rechtsbildung handle. Eine solche

kann man nun wohl als das Ideal hinstellen, in welchem die einzelnen Erscheinungen der Geschichte ihr Verständniß und ihre Würdigung finden; aber wie die menschlichen Dinge nun einmal nicht vollkommen sind, so wird auch die Rechtserzeugung in einem bestimmten Volke nicht immer in einer ideellen Weise vor sich gehen. Es sind so viele äußere Einflüsse möglich, welche unter den gegebenen Umständen ihre Herrschaft geltend machen, und auf die Gestaltung des positiven Rechts entschieden einwirken, daß es wenigstens zufällig ist, ob und in wieweit demselben der Charakter eines Volkrechts bewahrt bleibt. Ein solcher äußerer Einfluß kann nun sofort mit einer bindenden Kraft auftreten, was dann der Fall ist, wenn von der gesetzgebenden Gewalt im Staate schlechte Gesetze erlassen werden; er kann aber auch, an und für sich nicht einmal formell berechtigt, durch die Dauer der Einwirkung auf den Rechtszustand („nach dem Gesetze der Continuität") eine solche Macht erlangen, daß sich daraus am Ende wahre Rechtsnormen entwickeln, die jeder für verbindlich hält und halten muß, und die also einen Theil des positiven Rechts ausmachen. Umstände verschiedener Art werden freilich zusammentreffen müssen, um eine solche Rechtserzeugung möglich zu machen; der letzte Grund der formellen Geltung ist dann aber die Gewohnheit, welche also nicht mehr, wie bei dem Volksrechte, ein bloßes Kennzeichen des Rechts ist, sondern dieses selbst produciren hilft und zwar oft im Gegensatz zu dem Geiste des Volks und der Vernunft der Dinge. Das hat auch schon der Verfasser des Sachsenspiegels lebhaft gefühlt, und sich in seiner schlichten, einfachen Betrachtungsweise darüber ausgesprochen. Indem er nämlich von der Unfreiheit handeln will, (Sächs. Landr. III, 42.) hebt er an:

„Got hevet den man na ime selve gebeldet, und hevet ine mit siner martern geledeget, den enen also den anderen, ime is die arme also besvas als die rieke."

Aber wie kommt es doch, daß so viele Menschen unfrei sind?

„An minen sinnen ne kan ik is nicht upgenemen, na der warheit, dat jeman des anderen sole sin; ok ne hebbe wie's nen orkünde."

Die Schriftgelehrten wissen freilich Gründe genug beizubringen, um die Unfreiheit aus der Bibel zu rechtfertigen; aber sie überzeugen den frommen Spiegler nicht:

„Na rechter warheit so hevet egenscap begin von gedvange unde von vengnisse unde von unrechter walt, die man von aldere in unrechte wonheit getogen hevet, unde nu vore recht hebben wel."

Wir müssen also neben dem Volksrecht ein Gewohnheitsrecht annehmen, welches nicht allein gleichgültig neben jenem hergehen, sondern demselben auch feindlich entgegentreten, ja es verderben kann, wie auch die schlechte Gesetzgebung es vermag. Indem v. Savigny diese Entartung der Rechtserzeugung nicht anerkennt, sondern stets einen naturgemäßen Entwicklungsproceß vor sich gehen läßt, sieht er sich genöthigt, den heutigen deutschen Rechtszustand nach den von ihm festgehaltenen Principien künstlich zu construiren, — ein Versuch, der schon deswegen mißlingen mußte, weil die Reception des römischen Rechts in ihrem geschichtlichen Verlaufe sich nur als ein Ausfluß des Gewohnheitsrechts im Gegensatz zum Volksrecht erklären läßt. Denn selbst wenn man annehmen will,

wie v. Savigny es thut, daß das letztere in seiner späteren Erscheinung vorzugsweise als Juristenrecht auftritt, so kann doch auch dieses, insoweit es das recipirte römische Recht zu seinem Inhalte hat, nicht als eine Fortsetzung des Volksrechts erscheinen.

Werfen wir nun einen Blick auf die vorhergehende Erörterung zurück, und fassen wir das Ergebniß derselben in kurzen Sätzen zusammen, so lassen sich deren folgende aufstellen, welche als die Grundlage dieser Schrift anzusehen sind:

I. Das Recht ist in seiner ersten Entstehung Volksrecht, wenn auch durch den Einfluß der Gesetzgebung wesentlich bedingt.

II. Das Volksrecht kann auch in den Zeiten einer vorgerückten Cultur noch bestehen, und vom Volke unmittelbar erzeugt werden.

III. Dem Volksrecht steht das Gewohnheitsrecht gegenüber, bald in gleichgültiger, bald in feindlicher Haltung.

IV. Das Juristenrecht ist nicht nothwendig eine Fortführung des Volksrechts, es kann auch bloßes Gewohnheitsrecht seyn.

Diese Sätze, hier nur kurz hervorgehoben, werden im weiteren Verlaufe der Schrift ihre nähere Begründung und Entwicklung erhalten. Die Aufgabe geht zunächst dahin, das noch jetzt im deutschen Rechtsleben geltende Volksrecht zum wissenschaftlichen Verständniß zu bringen, und das Wesen und den Werth des deutschen Juristenrechts zu prüfen, — Beides aber vom Standpuncte des gemeinen Rechts aus, welches einer solchen Untersuchung vor Allem zu bedürfen scheint. Bevor nun

zur Erwägung des Einzelnen übergegangen wird, ist noch eine genauere Bestimmung der Begriffe Volksrecht und Juristenrecht zu geben, und (im folgenden Kapitel) die Bedeutung des gemeinen Rechts näher festzustellen.

I. Das Volksrecht.

Der früheren Theorie war der Begriff des Volksrechts fremd; sie ließ ihn ganz in den des Gewohnheitsrechts aufgehen. Erst v. Savigny hat das Volksrecht in seiner selbständigen Bedeutung gewürdigt, und Puchta in einer weiteren Entwicklung seiner Ideen und im Gegensatz zur älteren Lehre das Gewohnheitsrecht als gleichbedeutend mit dem Volksrecht dargestellt, worin ihm denn auch wieder v. Savigny, wenn auch mit einigen Beschränkungen gefolgt ist. Allein beide Begriffe, welche nur das mit einander gemein haben, daß sie dem ungeschriebenen Rechte angehören, sind bestimmt auseinander zu halten. Zwar kann zwischen dem Volksrecht und Gewohnheitsrecht allerdings eine gewisse Wechselwirkung bestehen. Das Erstere wird immer einer, wenn auch oft nur kurzen Zeit bedürfen, um sich auf dem Grunde der Sitte und der Lebensverhältnisse zum eigentlichen Rechte zu condensiren; auch kann es durch die lange Dauer der Anwendung mehr befestigt, und überhaupt zur bessern Erkenntniß und zum bestimmteren Bewußtseyn gebracht werden. Dagegen ist es auf der andern Seite möglich, daß die lange Uebung eines ursprünglich zufälligen Rechtssatzes denselben so sehr mit der Sitte und Rechtsanschauung des Volkes verwebt, daß er endlich selbst zum Volksrechte wird, und sich als einen Theil desselben darstellt. Auf diese Weise sind einzelne Institute des römischen Rechts, z. B. die letztwilligen Verfügungen, in das Bewußtseyn der

Nation übergegangen, zum wahren deutschen Volksrechte geworden. Auch besteht hinsichtlich der verbindlichen Kraft zwischen beiden kein Unterschied; sie wirken, wenn sie einmal zur Existenz gekommen sind, mit demselben äußern Erfolge, da sie beide dem positiven Rechte angehören. — Nichts desto weniger ist es doch von Wichtigkeit, sie gehörig von einander zu unterscheiden. Denn das Gewohnheitsrecht wird sein Daseyn doch vorzugsweise eben in der Gewohnheit bethätigen, und diese wird also unter den Erkenntnißquellen desselben nicht entbehrt werden können; beim Volksrecht dagegen verhält es sich hiermit anders. Aber auch in Beziehung auf den innern Werth besteht ein wesentlicher Unterschied. Zwar kann eine althergebrachte Rechtsnorm, abgesehen von dem Grund ihrer Entstehung, eine gewisse Gunst der Beurtheilung für sich in Anspruch nehmen, indem der Umstand, daß man sich einmal an sie gewöhnt hat, mit dem Grade ihrer Zweckmäßigkeit abgewogen wird; es kann auch das, was einmal ein wahres, auf der Nationalsitte beruhendes Volksrecht gewesen ist, im Laufe der Zeiten zu einem lästigen, unsittlichen Institut herabsinken, und sich bloß noch durch die Kraft der Gewohnheit in Geltung erhalten: aber es leuchtet doch ein, wie viel bedeutender und achtungswerther an und für sich dasjenige seyn muß, was von Haus aus auf der breiten, natürlichen Basis des Volkslebens erwachsen ist, als dasjenige, was zunächst nur äußeren, zufälligen Umständen seine Existenz verdankt.

Das Volksrecht ist nun aber nicht nothwendig ein dem bestimmten Volke ganz eigenthümliches Recht. Man kann es allerdings in dieser engeren Bedeutung fassen. Allein so wie eine Nation in ihrer Individualität ein Bild der Menschheit im Kleinen darstellt, und obgleich an sich ein Ganzes, doch

auch wiederum nur ein Theil ist, so kann man auch das Recht, welches der gesammten Menschheit oder doch mehren gleichzeitig oder doch unter gleichen Bedingungen lebenden Völkern gemeinschaftlich ist, in der besonderen Färbung und mit den Eigenthümlichkeiten, welche es bei dem einzelnen Volke annimmt, zu dessen Volksrecht zählen. Je näher nun die Völker durch Zeit, Bildung, Religion, Verfassung, wechselseitigen Verkehr u. s. w. einander gerückt sind, desto mehr wird sich die Verschiedenheit der Rechte verwischen, und eine gewisse Gleichmäßigkeit an deren Stelle treten, welche zu Vergleichungen auffordert, und eine reiche Quelle der Erkenntniß auch für das einzelne Recht werden kann. Aber man hüte sich auch hier vor Uebertreibungen. So lange die Völker überhaupt noch eine bestimmte Nationalität bewahren, wird diese sich unter allen Umständen auch auf die Rechtsbildung geltend machen, und einem verbreiteten Rechtsinstitute, welches sich unter ähnlichen Verhältnissen bei verschiedenen Völkern ausgebildet hat, wird stets noch etwas Eigenthümliches, eine besondere, nationale Färbung anhängen, deren Vernachlässigung die schlimmsten Folgen herbeiführen müßte. Darum ist es so wichtig, daß man jedes einzelne Recht und auch das fremde, wenn man sich damit beschäftigt, nicht bloß fragmentarisch, sondern in seiner vollen Totalität auffasse und erkenne, — eine Vorsicht, welche die comparative Jurisprudenz der neueren Zeit so oft aus den Augen setzt.

Es entsteht nun aber die weitere Frage, wer denn eigentlich das bei der Bildung des Volksrechts thätige Subject ist? Wir antworten: das Volk, und zwar als das Naturganze, welches die Grundlage des Staates ausmacht, und in seiner individuellen Gestaltung als lebendiger Organismus ein

selbständiges Daseyn führt *). In diesem Sinn ist das Volk nicht der Regierung gegenübergestellt als Inbegriff der Gehorchenden, der Unterthanen; es umschließt auch die Regierung, nur nicht als solche, sondern in ihren einzelnen Trägern, welche auch die Genossen der Gesammtheit sind. Dahin gehört selbst der Souverain und das regierende Haus, wie denn ja auch der hohe Adel deutscher Nation, zu dem die deutschen Souveraine auch jetzt noch in gewisser Beziehung zu rechnen sind, einen eigenen Stand ausmacht und ein besonderes Standesrecht gebildet hat, ohne deswegen jedes allgemeineren Einflusses auf die Rechtsbildung beraubt gewesen zu seyn. — Das Volk führt aber nicht bloß in der Gesammtheit ein selbständiges Leben, und bewährt bloß darin seine rechtsbildende Kraft; sondern es tritt uns in demselben ein geordneter Organismus entgegen, in dem sich das Ganze wieder nach engeren Kreisen abtheilt, welche, obgleich von jenem bestimmt und umschlossen, doch auch für sich ein eigenthümliches Leben führen. Diese engeren Kreise des Volksorganismus sind nun entweder auf dem Wege der unbewußten, naturgemäßen Entwicklung entstanden, wie die Theilung des Volkes nach Stämmen, Ständen und meistens auch nach Corporationen; oder es ist in Folge bewußter That oder zufälliger Ereignisse eine äußere Abgrenzung der Theile entstanden, welche auch wiederum auf deren besondere Ausbildung von Einfluß seyn kann. Dahin gehört die politische Zerlegung eines Volkes nach der Abgrenzung des Staatsgebietes in Territorien, Provinzen, Kreise u. s. w. zum Theil auch in Gemeinden, insofern diese nicht genossenschaftlich sich entwickelt haben. Das Volksrecht bildet

*) Vgl. v. Savigny, System I. S. 30.

sich nun entweder in der Gesammtheit oder in den einzelnen Gliedern derselben, und kann daher sehr verschiedenen Umfangs seyn. Das charakteristische Merkmal desselben bleibt aber in allen Fällen: die unmittelbare Entstehung des Rechts aus der Sitte und den Lebensmomenten der Nation heraus, sey es nun, daß diese nur in ihrer Allgemeinheit wirksam sind, oder daß auch die engeren Zustände und Beziehungen ihren Einfluß geltend machen. Die Art und Weise dieser Rechtsbildung läßt sich in ihrem stillen Wachsthume nur mit der schöpferischen Thätigkeit der Natur vergleichen; es ruht darüber ein gewisses Geheimniß, welches sich der unmittelbaren Anschauung nie vollständig erschließt, wie lange auch die sinnende Betrachtung bei der äußeren Erscheinung weilt. Aber diese selbst, das Recht in seiner festen Gestaltung, kann mit Sicherheit erkannt werden.

Daß nun dieses Volksrecht nicht bloß unter dem Einfluß einfacher Naturzustände entsteht, sondern auch von einem noch lebenskräftigen Volke in den Zeiten der vorgerückten Bildung erzeugt wird, ist schon früher hervorgehoben worden. Allerdings aber wird die Macht der Gewohnheit, der Einfluß der Gesetzgebung und des Juristenstandes seine unmittelbare Herrschaft schwächen, mag es nun unter ungünstigen Verhältnissen seinem eigenen Wesen untreu werden und entarten, oder in dem Gesetzes- und Juristenrecht eine consequente Fortbildung erlangt haben. Im letzteren Fall wird es oft geschehen, daß das Volksrecht seinem Inhalte nach bewahrt bleibt, und nur formell in einer neuen Gestalt auftritt. — Auch in Deutschland, dessen Rechtszustand nicht zu den glücklichen gehört, ist es hart bedrängt, gebrochen und umgeformt worden; denn dem Volke selbst ward die freie Bewegung verkümmert, und

die Gesetzgebung und der Juristenstand haben sich hier nicht als die Organe einer nationalen Rechtsbildung bewährt. Wenn daher v. Savigny annimmt (System. I. S. 86), seit der Reception des römischen Rechts sey das Volksrecht mit dem wissenschaftlichen Recht identisch geworden, so ist dieß eine Ansicht, welche die Geschichte nicht bestätigt. Aber er irrt auch, wenn er sagt: „daß die dem gemeinen Recht angehörenden Gewohnheiten ohne Ausnahme durch das Medium wissenschaftlicher Verarbeitung und Anerkennung hindurch gegangen sind" (a. a. O. S. 193). Denn auch die Germanisten, welche doch vor Allem dieses müßten zu Wege gebracht haben, sind in der Erfüllung ihrer Aufgabe noch nicht so weit gekommen. — Wenn dessenungeachtet das Volksrecht in Deutschland noch nicht ganz untergegangen ist, ja wenn die Nation unter den ungünstigsten Verhältnissen noch nicht alle Kraft verloren hat, selbständig an der Rechtserzeugung Theil zu nehmen, so hat sie dadurch wohl auf das Bündigste den Beweis geführt, daß sie sich ihren eingeborenen, germanischen Charakter und ihre kerngesunde Natur zu bewahren wußte, und daß sie noch das Vermögen zu einer kräftigen Erhebung in sich trägt.

II. Das Juristenrecht.

Wenn man unter dem Juristenrecht oder, wie v. Savigny es nennt, dem wissenschaftlichen Recht das ganze positive Rechtsmaterial in seiner vollständigen wissenschaftlichen Verarbeitung verstehen wollte, so würde darin jede Verschiedenheit des Rechts nach seinen besonderen Quellen und seiner ursprünglichen Beschaffenheit aufgehen, und wir hätten dann ein, wenigstens in formeller Beziehung einheitliches Rechtsganze vor uns. Denn die Wissenschaft in ihrer doppelten Richtung

als Rechtslehre und Rechtsanwendung bringt den vorhandenen Stoff in eine systematische Einheit; sie zieht das Volksrecht so gut wie das Gesetzesrecht in den Kreis ihrer Thätigkeit, würdigt jedes in seiner besonderen Bedeutung, bestimmt das Verhältniß der einzelnen Theile zu einander und zum Ganzen, stellt die nicht speciell normirten Rechtssatzungen durch die Entwicklung aus den Principien des positiven Rechts und aus der Natur der Dinge fest, und bildet vielleicht in ihrer freiesten Bewegung selbständige Rechtsinstitute. In diesem Sinne würde also das Juristenrecht nichts Anderes seyn, als das Recht in in seiner wissenschaftlichen Verarbeitung, und es ist jedenfalls willkührlich, wenn man dann das Volksrecht darin aufgehen läßt, nicht aber das Gesetzesrecht. Denn seiner ursprünglichen Entstehung nach ist jenes eben so selbständig wie dieses, und ob es aus dem Gesammtbewußtseyn des Volkes später herausgetreten ist, und sich bei der überwiegenden Herrschaft des Juristenstandes in dessen Rechtsanschauung concentrirt hat, das ist immer etwas Zufälliges, eine quaestio facti, deren Lösung von der genauen Untersuchung des einzelnen Falls abhängt; aus allgemeinen Principien läßt es sich nicht deduciren.

In dieser Auffassung würde also mit dem Ausdrucke Juristenrecht oder Recht der Wissenschaft kein nach seiner Quelle bestimmter Rechtstheil, sondern ein bestimmter Zustand des Rechts überhaupt bezeichnet seyn. Das ist es aber nicht, worauf es hier ankommt, und wir würden also jenen weiten Begriff auch dann nicht gebrauchen können, wenn es auch wirklich der Fall wäre, daß unsere Juristen sich das gesammte gemeine Recht zum wissenschaftlichen Bewußtseyn gebracht hätten. Es soll im Juristenrecht vielmehr ein Gegensatz zum Volks- und Gesetzesrecht liegen, und der Begriff desselben

muß also nach der Verschiedenheit der Rechtsquellen enger gefaßt werden, und zwar dahin, daß es das durch den Juristenstand erzeugte Recht ist. Aber auch in dieser Fassung kann man damit einen weiteren und einen engeren Sinn verbinden. Ersteres ist der Fall, wenn man zum Juristenrecht auch diejenigen Normen zählt, welche durch die Deduction aus dem Geiste des positiven Rechts und aus dem Wesen der Rechtsverhältnisse gewonnen werden. Allein das Ergebniß einer solchen Operation kann nicht als auf einer eigentlich rechtsbildenden Thätigkeit des Juristenstandes beruhend angenommen werden. Jene Rechtsnormen sind schon als solche implicite in dem allgemeinen Princip enthalten; denn wenn dieses einmal zur Geltung gebracht ist, so sind auch alle daraus zu entnehmenden Folgerungen gesetzt, und kommen zur Anwendung, insofern sie nicht durch eine specielle Vorschrift oder durch das Uebergreifen anderer Principien beschränkt oder beseitigt werden. Nun sind freilich gerade die Juristen darauf angewiesen, auf dem Wege der Deduction und Combination solche scheinbar verborgene Rechtsnormen mit der gehörigen Evidenz ans Licht zu fördern und sie practisch anzuwenden. Aber theils kommt ihnen diese Beschäftigung nicht ausschließlich zu, da in vielen Fällen vom Volke selbst eine solche Operation unmittelbar, wenn auch nicht nothwendig als eine richterliche Function, vorgenommen wird; theils liegt in jener Thätigkeit überhaupt keine Rechtsbildung, so wenig der Bergmann das Erz bildet, welches er aus dem Innern der Erde auf die Oberfläche bringt. Nur dann würde der Juristenstand für diese Art der Thätigkeit die Bedeutung einer Rechtsquelle in Anspruch nehmen können, wenn er den aufgefundenen Rechtssatz unter seinen Händen zu einer neuen Gestalt umprägte, so

zu sagen eine Specification daran vornähme, und sich also zu dem gegebenen Stoff schaffend verhielte.

Wenn nun aber eine wahre Rechtserzeugung von den Juristen ausgeht, sie ein Juristenrecht im engeren Sinn begründen, so können sie dabei auf eine doppelte Weise verfahren. Entweder gehen sie mit Bewußtseyn zu Werke, indem sie im Vertrauen auf die Stellung, welche sie im Staate einnehmen, und auf die sichere Herrschaft, welche sie über den Rechtsstoff ausüben, den bestimmten Willen haben, neues Recht zu schaffen; oder ihre Wirksamkeit ist in dieser Beziehung mehr eine unbewußte, welche nur allmälig, nach Art des Gewohnheitsrechts, mit der Rechtsbildung zu Stande kommt. Von der ersten Art war die Thätigkeit der classischen römischen Juristen zur Kaiserzeit, unterstützt, aber nicht nothwendig bedingt von dem jus respondendi; in der zweiten Art hat sich das gemeine deutsche Juristenrecht entwickelt. Wie dieß zugegangen, wird sich erst später bei der Darstellung des Einzelnen genauer nachweisen lassen; hier ist nur der allgemeine Grund anzugeben, der einfach in der Thatsache beruht, daß die Juristen das moderne deutsche Rechtswesen fast unbeschränkt beherrscht haben, und daß daher das, was sie für positives Recht hielten und als solches anwandten, auch wirklich zur Geltung kam. So ist das römische Recht recipirt, modificirt, so sind ganze Rechtslehren abgeschafft, umgeändert, neu begründet worden. Die Gewohnheit hat diesem Treiben der Juristen die rechtliche Sanction gegeben. Daß sie dabei zuweilen ein Organ des Volksrechts gewesen sind, oder doch eine vernünftige Rechtsbildung befördert haben, soll gar nicht geleugnet werden; aber das ist wahrlich nicht immer der Fall gewesen, und an und für sich etwas Zufälliges, aus welchem

die Berechtigung zu einer solchen Machtvollkommenheit nicht hergeleitet werden darf.

Von dieser Ansicht weicht freilich eine andere ganz und gar ab, welche namentlich von Puchta ausgeführt, im Wesentlichen auch von Savigny gebilligt worden ist, und die, wie schon bemerkt worden, darauf beruht, daß das Juristenrecht eine Fortführung des Volksrechts sey.

„Wir haben also,“ sagt Puchta (Gewohnheitsrecht II. S. 20) „eine doppelte Art des auf die unmittelbare Volksüberzeugung gegründeten Rechts zu unterscheiden. Ein Gewohnheitsrecht ist vorhanden, nicht bloß wenn der Uebung eines Satzes 1) eine gemeinsame Ueberzeugung der Volksglieder überhaupt, sondern auch wenn ihr 2) eine solche der Rechtskundigen, der Juristen als Vertreter des Volks zu Grunde liegt.“ — —

Daher soll auch das Juristenrecht nur insofern, als sich darin wirklich eine Repräsentation des Volksgeistes, der sich unter andern Verhältnissen als unmittelbares Volksrecht geltend machen würde, ausspricht, einen Anspruch auf positive Geltung haben. Ich muß es vorläufig dem Leser überlassen, in der angeführten Schrift von Puchta selbst nachzusehen, wie er das deutsche Juristenrecht von diesem Standpuncte aus zu rechtfertigen gesucht hat, und empfehle in dieser Beziehung namentlich das vierte Buch: „Von der Gewohnheit im öffentlichen und im Kirchenrechte“ — zum Nachlesen. Besonders bezeichnend ist aber die Art, wie der Fall behandelt wird, wenn ein Irrthum der Juristen die Veranlassung eines Rechtssatzes geworden ist, — worauf sich etwa auch die Reception des römischen Rechts in Deutschland zurückführen ließe. Daran denkt Puchta nun freilich nicht; seine Beispiele sind bescheide-

ner. So sucht er z. B. darzuthun (a. a. O. S. 68 ff.), daß die Ausdehnung, in der die sogenannte Quasi-Pupillarsubstitution von den Juristen aufgefaßt worden ist, auf einer nationellen Ueberzeugung beruhe!

Einer solchen willkührlichen, weil unbegründeten Beschränkung des Juristenrechts, welche doch nur zu spitzfindigen Deductionen oder, wenn diese nicht anerkannt werden, zur Rechtsunsicherheit führen kann, — ist nun schon Maurenbrecher *) mit Nachdruck entgegengetreten. Von der Art wie er das Juristenrecht vertheidigt (es soll auf dem Vertrauen, dessen der Juristenstand sich erfreut, auf dessen Stellung als Staatsvertreter beruhen!) ist nun freilich nicht viel zu halten; und auch, was er über die Methode desselben vorbringt, grenzt theilweise an das Absurde. Aber in jenem Punct, daß demselben eine selbständige Bedeutung nicht abzusprechen ist, und daß es in sich den Grund seiner Geltung trägt, hat er das Richtige getroffen.

*) Maurenbrecher hat an verschiedenen Orten über das Juristenrecht gehandelt; zuletzt und am Weitläuftigsten in seinem Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Band 1. §. 28 ff.

Drittes Kapitel.

Das gemeine Recht und seine Gegensätze.

Was man gewöhnlich als gemeines Recht bezeichnet, ist kein bestimmter, abgeschlossener Begriff, sondern hat zwei wesentlich verschiedene Seiten an sich, welche namentlich dann, wenn man es mit seinen Gegensätzen zusammen hält, deutlich hervortreten. Einmal verbindet man nämlich damit die Bedeutung, daß es in einer gewissen Allgemeinheit zur Anwendung kommt, und zwar in Beziehung auf einen bestimmten Staat oder ein bestimmtes Volk, daß es seine Geltung über das Ganze ausdehnt, und nicht bloß in einzelnen, geographisch abgeschlossenen Theilen herrscht. In dieser Auffassung pflegt man das gemeine Recht wohl jus generale zu nennen, und ihm das jus speciale als Particularrecht, Statut u. s. w. gegenüber zu stellen. Davon ist nun die andere Bedeutung des gemeinen Rechts verschieden, welche zunächst auf die Beschaffenheit der darin enthaltenen Rechtsregeln bezogen wird, indem von diesen nur solche dahin gerechnet werden, welche mit dem Geiste des gesammten positiven Rechts übereinstimmen, der ratio juris entsprechen. In diesem Sinne heißt das gemeine Recht ein jus commune, und den Gegensatz davon bildet das jus singulare, das besondere oder anomalische Recht, welches nicht auf dem reinen Rechtsgebiet entsprungen ist, sondern den Grund seiner Geltung in der Berücksichtigung eigenthümlicher Verhältnisse hat, so daß darin eine Abweichung von den allgemeinen Rechtsregeln liegt. — Auf diese

Weise kann es geschehen, daß sich das anomalische Recht als jus generale darstellt, und daß umgekehrt das jus commune in einzelnen Instituten durch specielle Rechtsnormen fast ganz außer Kraft gesetzt ist.

Indessen ist die Zerlegung des Rechtsstoffs nach diesen Begriffsbestimmungen keine durchaus nothwendige, und nicht für jedes positive Recht begründet. Der Gegensatz von jus generale und speciale ist immer nur zufällig, und von der Rechtsverfassung der einzelnen Staaten bedingt. So kennt das römisch-justinianische Recht, abgesehen etwa von einigen unbedeutenden Ortsgebräuchen, gar keine speciellen Rechtsnormen, und auch das französische Recht ist auf ähnliche Weise generalisirt worden. Aber auch der Gegensatz von jus commune und singulare, welcher allerdings eine mehr innerliche Begründung hat, ist doch auch nicht immer derselbe; denn er setzt schon, um consequent durchgeführt zu werden, eine sehr bestimmte Abgrenzung des reinen Rechtsgebietes voraus, und eine Einheit und Sicherheit der Principien, welche sich nicht allenthalben gleichmäßig finden, und nicht bloß von der allgemeinen Beschaffenheit des Rechts, sondern auch von dessen formeller Ausbildung wesentlich abhängen. — Fragen wir nun, wie es sich mit dem Begriff des gemeinen Rechts in Deutschland verhalte, so zeigt sich einer aufmerksamen Betrachtung bald, daß die Sache hier ihre ganz besondere Schwierigkeit hat, und daß sie auch in der Wissenschaft noch nicht zu einem völligen Abschluß gediehen ist. Das kommt theils von der großen, verwirrenden Mannichfaltigkeit her, welche überhaupt das deutsche Rechtswesen charakterisirt; theils hat es darin seinen Grund, daß wir zwei wesentlich verschiedene Elemente in unserm Rechte haben, ein deutsches und ein römi-

sches, welche sich noch nicht vollständig durchdrungen und zur höheren, organischen Einheit verbunden haben. Zum näheren Verständniß ist hier aber noch Folgendes zu bemerken.

In früherer Zeit läßt sich unter den Deutschen ein, seinen wesentlichen Grundzügen nach übereinstimmendes Recht des freien Volkes nachweisen, welches jedoch durch den Einfluß der Stammesverschiedenheit mannigfach modificirt war. Im späteren Mittelalter schied sich die freie Bevölkerung immer mehr nach Ständen, und dieß hatte zur Folge, daß die Einheit des älteren Rechts sich in ein verschiedenes Standerecht auflöste, welches wieder in den engeren Kreisen der einzelnen Territorien, Provinzen, Corporationen u. s. w. seine besondere Ausbildung erhielt. Diesem Standerecht stand nun, nachdem es einmal begründet war, kein gemeines Landrecht als das eigentlich Herrschende und Bestimmende gegenüber, wenigstens nicht in der Bedeutung, daß es die eigentliche Rechtsregel, die ratio juris enthalten hätte, von welcher das Standerecht in seiner Eigenthümlichkeit nur eine besondere Ausnahme bildete. Dieses trug vielmehr seine Regel in sich selbst, es ward von selbständigen Principien beherrscht, welche sich keinem gemeinsamen, nationalen Rechtsleben unterwürfig zeigten; und nur insofern bei den verschiedenen Ständen dieselben Institute gleichartig oder unter gewissen Modificationen wiederkehrten, und nicht durch die specielle Rechtsbildung eine eigenthümliche Normirung erhalten hatten, läßt sich noch von einem gemeinen Recht im Sinne der älteren Zeit sprechen. — In diesem Zustande befand sich das deutsche Recht, als das römische recipirt ward. Wie verschieden aber war dessen ganze Natur gerade in der hier besprochenen Beziehung. Es war durchweg ein in der ganzen römischen Monarchie gleichmäßig geltendes

Recht gewesen, welches die Stände im germanischen Sinne mit einem selbständigen Lebensprincip gar nicht kannte. Jede Person, jede Sache, jedes Rechtsgeschäft steht unter der allgemeinen Regel; nur für besondere Fälle ist eine Abweichung von der ratio juris gemacht worden, sey es aus Gründen der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit oder der politischen Berechnung. Aber in diesen Ausnahmen, wenn sie auch für die Personen und Rechtsverhältnisse, auf welche sie sich beziehen, eine allgemeine Geltung haben, spricht sich doch keine selbständige Rechtsbildung aus; sie haben eben nur ihre Bedeutung durch den Gegensatz, in dem sie zur herrschenden Rechtsregel stehen.

Das römische Recht nun ward auf Deutschland übertragen; es sollte gelten, das war die ursprüngliche Idee der Romanisten, wie in der römischen Monarchie selbst, — unmittelbar, unbedingt oder doch mit möglichst wenigen Beschränkungen. Dadurch wurden nun nicht bloß die allgemeinen Institute des deutschen Rechts bedroht, sondern auch das Recht der verschiedenen Stände in seiner gemeinsamen Gestaltung und in seinen speciellen Erscheinungen; auch erkannten die Romanisten in der That weder das Eine noch das Andere an, indem sie nur aus besonderen Gründen dem Lehenrecht eine selbständige Bedeutung einräumten. Fast gleichzeitig schloß sich Deutschland nun in getrennten Territorien ab, was zu den schon bestehenden speciellen Rechtsformen noch die Ausbildung der besonderen Particularrechte hervorrief, und zu einer beschränkten Anwendung des römischen Rechts nöthigte. Dieses ward nun schlechthin als das gemeine Recht aufgefaßt, und zwar in dem doppelten Sinne des jus commune und jus generale. In Beziehung auf den ersten Punct sah man darin allein die wahre Rechtsregel, die ratio juris, und jede

Abweichung davon, mochte sie nun im Ständerecht oder in einer speciellen Rechtsbildung ihren Grund haben, oder auf allgemeinen deutschen Rechtsideen beruhen, war ein jus singulare, dessen Geltung mit ungünstigen Augen angesehen und möglichst beschränkt ward. Als jus generale kam das römische Recht aber im ganzen Reich und in allen seinen Theilen zur Anwendung, so daß demselben durch eine speciellere Rechtsnorm nur dann sollte derogirt werden können, wenn diese förmlich zu beweisen war. Auf dieser Ansicht beruht die Auffassung des römischen Rechts als eines subsidiären, welches stets in subsidium, zur Aushülfe, wenn engere Rechtsquellen fehlten, zur Anwendung kommen sollte, — eine Auffassung, welche sich aber erst dann geltend machte, als die Particularrechte auch in den Augen der Juristen schon eine gewisse selbständige Bedeutung gewonnen hatten. — Daß das römische Recht es zu einer solchen intensiven Kraft und einem solchen Umfang der Geltung bringen konnte, erklärt sich theils aus äußeren Umständen, theils aber auch daraus, daß die Entwicklung des modernen Staatsprincips, welches das abgeschlossene ständische Wesen nach und nach zersetzend, zu einer einheitlichen Rechtsbildung hindrängte, in Deutschland zu keinem nationalen Abschluß kam, und daher nicht mächtig genug war, das römische Recht in ein einheimisches gemeines Recht aufgehen zu lassen, und sich daher mit jenem als dem Surrogat des letzteren nothdürftig behalf. Dieß ward nun um so eher möglich, da das jus commune immermehr von seinem römischen Inhalt fallen ließ, und sich zu einem auch das Einheimische und Moderne beachtenden Juristenrechte umsetzte, wie es schon im s. g. usus modernus uns entgegentritt. Aber je mehr das deutschrechtliche Element dieser Lehre ausgebildet ward und sich fühlen

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

lernte, desto mehr schied es sich von dem Pandectenrecht aus, und nahm am Ende als jus germanicum neben dem jus romanum die Bedeutung eines gemeinen, subsidiären Rechts für sich in Anspruch, doch so, daß noch Vieles, was der einheimischen Rechtsbildung angehörte, der Herrschaft des fremden Rechts überlassen blieb, oder gar nicht zu einer wissenschaftlichen Behandlung gelangte. Ersteres ist namentlich bei manchen Lehren des Juristenrechts, letzteres bei einem Theile des Volksrechts der Fall gewesen. — Dieß ist nun noch im Wesentlichen der Zustand des heutigen gemeinen Rechts in Deutschland, welches durch die Auflösung der Reichsverfassung seine Natur und Wirksamkeit nicht verändert hat, wohl aber in seiner allgemeinen Geltung dadurch beschränkt ist, daß in Folge der modernen Codificationen ein großer Theil Deutschlands seiner unmittelbaren Herrschaft entzogen worden.

Das heutige gemeine deutsche Recht ist also kein jus generale in dem Sinn, daß es an allen Orten zur Anwendung käme; es umfaßt aber auch nicht bloß das jus commune, da auch diejenigen Rechtsinstitute, welche von der strengen ratio juris abweichen, und zu dieser einen Gegensatz bilden, oder ihr eigenes Princip in sich tragen, dazu gehören. Das Charakteristische des gemeinen Rechts besteht vielmehr darin, daß es nur solche Regeln enthält, welche eine allgemeinere Natur haben, und keine Folge einer bloß speciellen Rechtsbildung sind, wenn diese auch verhältnißmäßig eine weite Geltung haben sollte. Aber damit ist nicht gesagt, daß es seiner Beschaffenheit nach ganz gleichmäßig ist; es giebt im Kreise des gemeinen Rechts wieder nicht unbedeutende Verschiedenheiten, welche großen Theils auf dem Grundsatze beruhen daß die Anwendung einer Rechtsregel von dem Daseyn des Verhältnisses,

worauf sie sich bezieht, bedingt ist, und welche sich im Wesentlichen auf folgende Hauptpuncte zurückführen lassen.

1. Manche Rechtsinstitute tragen einen solchen Charakter der Allgemeinheit an sich, daß sie unter den gegebenen Verhältnissen allenthalben vorkommen können, und um zur Geltung zu gelangen, keine besonderen Bedingungen voraussetzen. Wenn diese Institute sich nun zugleich in einer principienmäßigen Einheit entwickelt haben, ohne daß namentlich die Theilung des geltenden Rechtsstoffs nach deutschen und römischen Elementen verschiedenartige Bildungen hervorgerufen, so steht ihrer allgemeinen Anwendung nichts entgegen. Dann liegt ein absolut oder unbedingt gemeines Recht vor, welches nur insofern unter dem Einfluß der speciellen Satzung, sey es des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtes steht, daß diese es mit Rücksicht auf das bestimmte Gebiet ganz ausschließen, oder doch in seiner principienmäßigen Geltung beschränken kann. Ist weder das Eine noch das Andere der Fall, so stehen die Verhältnisse unter der unmittelbaren Herrschaft des gemeinen Rechts.

2. Andere Rechtsinstitute haben nicht diesen allgemeinen Charakter; sie setzen entweder besondere Lebensverhältnisse oder eine specielle Anerkennung in dem Particularrechte voraus, um eine Anwendung zu finden, oder sie haben sich doch so verschiedenartig gestaltet, daß man in jedem einzelnen Fall wissen muß, welche bestimmte Form des Instituts es ist, um deren subsidiäre Geltung es sich handelt. Es genügt dazu also nicht, daß das Particularrecht dem gemeinrechtlichen Princip nur nicht hemmend entgegentritt, sondern es wird auch noch vorausgesetzt daß es sie ausdrücklich anerkennt, oder daß doch im engeren Kreise des Rechtslebens die besonderen Verhältnisse, um deren Normirung es sich handelt, thatsächlich vorhanden sind. Das

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

ist das hypothetisch oder bedingt geltende gemeine Recht, dessen Natur also bald von der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, bald aber auch von der verschiedenartigen Ausbildung des Rechts selbst bestimmt wird.

3. Diesen beiden Arten des gemeinen Rechts, welche als gemeines Landrecht zu bezeichnen sind, kann man nun noch eine dritte unter der Bezeichnung: gemeines Ständerecht hinzufügen. Dasselbe befaßt dann die gemeinrechtlichen Principien des deutschen Ständerechts, und gehört mit Rücksicht auf die Unmittelbarkeit und den Umfang seiner Geltung, wenigstens in wichtigen Beziehungen, dem unbedingt gemeinen Recht, wegen seiner Beschränkung auf die einzelnen Stände aber im Gegensatz zu der übrigen Bevölkerung dem bedingt gemeinen Rechte an. Dem Begriff nach ist also dessen selbständige Bedeutung, dem gemeinen Landrecht gegenüber, durchaus gerechtfertigt; es fragt sich nur, ob im heutigen Rechtsleben die Ständeunterschiede noch von einer solchen Wichtigkeit sind, daß es angemessen ist, darauf eine besondere Art des gemeinen Rechts zu begründen. Aber diese Frage wird sich erst weiter unten, wo von dem Ständerechte als Volksrecht genauer zu handeln ist, (Kap. 7.) erledigen lassen; jedenfalls ist schon in dem Angeführten die gegebene Eintheilung vom Standpuncte der Theorie aus in das gehörige Licht gestellt.

Jene Eintheilung des gemeinen Rechts in ein unbedingtes und bedingtes läßt sich nun auf den gesammten Rechtsstoff, ohne Rücksicht auf seinen Gegenstand, übertragen, insofern er überhaupt zu einer gemeinrechtlichen Ausbildung gekommen ist. Denn wenn es z. B. im Bereiche des Staatsrechts manche Lehren giebt, die bis jetzt nur eine specielle Normirung erhalten haben, und denen noch keine gemeinrechtliche Durchbildung im Leben

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

und in der Wissenschaft zu Theil geworden ist, so kann für diese natürlich auch noch von keiner Geltung gemeinrechtlicher Principien die Rede seyn; es wird an deren Stelle nur eine allgemeinere Betrachtung particularrechtlicher Institute eintreten können. Das ist aber nicht bloß im Staatsrecht, sondern auch in andern Rechtstheilen und namentlich im Privatrecht der Fall; aber wenn es in jenem sich auch häufiger so verhält, so ist es doch irrig, deswegen das wirklich Gemeinrechtliche mancher andern Institute desselben verleugnen zu wollen. — Die Eintheilung paßt aber nicht bloß auf den ganzen Rechtsstoff, sondern auch auf die verschiedenen Elemente, aus denen er zusammengesetzt ist, mögen sie nun fremde oder einheimische seyn. Die Ansicht namentlich, daß nur das römische Recht mit seinen späteren Fortbildungen den Charakter des gemeinen Rechts an sich trage, darf gegenwärtig als beseitigt angesehen werden; wenn sie auch noch hie und da einmal wieder auftaucht, so sind das Anklänge einer bereits überwundenen, ausschließlich romanistischen Richtung der älteren Jurisprudenz. Allein weiter verbreitet ist noch die mehr oder weniger klar ausgesprochene Meinung, daß die Natur des römischen und des deutschen Rechts in ihrer gemeinrechtlichen Bedeutung eine verschiedene sey, und zwar in der Art, daß das erstere den Charakter eines unbedingt, das letztere nur den eines bedingt geltenden gemeinen Rechts habe. Es ist dieß eigentlich dieselbe Ansicht, welche die ältere Jurisprudenz so ausdrückte: wer sich auf das römische Recht beruft, hat fundatam intentionem für sich, und wer die Geltung einer davon abweichenden Rechtsregel, eines demselben fremden Rechtsgeschäfts für sich anführt, der muß den Beweis derselben übernehmen. In dieser Regel, welche übrigens schon von Mevius durchbrochen worden, spiegelt

sich noch die crasse Rechtslehre der älteren Romanisten ab, und es ist daher nicht zu verwundern, daß sie früher bestanden hat, sondern nur daß sie noch so lange im Schwange bleiben können, nachdem auch das aus deutschrechtlichen Elementen gebildete gemeine Recht zur Anerkennung gelangt ist. Denn es ist ja unzweifelhaft, daß gewisse Institute desselben, z. B. die Familienfideicommisse, die Erbverträge, so wie einzelne Rechtsregeln, z. B. die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Errichtung eines selbständigen Haushalts, — dem unbedingt gemeinen Rechte angehören. Daß das römische Recht, wenigstens bis jetzt noch, quantitativ reicher an solchen Instituten ist, wie das deutsche, kann offenbar nichts ausmachen, wenn es sich um die Feststellung der Begriffe handelt. — Wäre dieß nun aber auch anzuerkennen, so könnte man doch versuchen, der Sache eine andere Wendung zu geben, indem man sagte: das römische Recht bleibe doch stets ein unbedingt gemeines, wenn es auch deutschrechtliche Institute mit derselben Bedeutung neben sich dulde; der Begriff des bedingt gemeinen Rechts finde sich nur im deutschen, und wenn jenes daher in einer Lehre einmal recipirt worden, so enthalte es, den bedingt gemeinrechtlichen Instituten des einheimischen Rechts gegenüber, stets die Regel, und könne die Vermuthung der Geltung für sich in Anspruch nehmen. — In der That ist diese Ansicht noch neulich von einer gewichtigen Auctorität vertreten worden. Chr. L. Runde äußert sich darüber mit Beziehung auf zwei wichtige Rechtslehren in der angeführten Weise. Ueber das Güterrecht der Ehegatten sagt er:

„Das getrennte Güterrecht des römischen Rechts muß freilich in Deutschland, so weit Justinians Gesetzsammlung als gemeines subsidiarisches Recht gilt, als Regel angenommen werden, welche keines Beweises bedarf. Denn das

römische Recht ist im Ganzen recipirt, und findet in der Ehe und in dem Vermögen der deutschen Ehegatten einen Gegenstand, der zur Anwendung seiner Rechtsgrundsätze vollkommen geeignet ist. Es läßt sich dagegen kein System der Gütervereinigung, auch nicht des Nießbrauchs- und Verwaltungsrechts des Ehemanns am Paraphernalgute der Frau, als ein in ganz Deutschland subsidiar erhaltenes Rechtsinstitut, behaupten: sondern die Nachweisung muß auf die Beibehaltung oder Einführung in einzelnen Ländern gerichtet seyn. Und wenn sich auch leicht statistisch darthun läßt, daß bei weitem der größte Theil der Bewohner Deutschlands in deutschen Güterverhältnissen lebt, so überhebt doch ein solches Resultat nicht der Nachweisung in einem Falle, wo die Erhaltung dieser Verhältnisse bestritten wird *)."

Aehnlich heißt es von der gerichtlichen Auflassung:

„— — Die gerichtliche Auflassung ist in der letzten Hälfte des 16. Jahrhunderts der Einwirkung des römischen Rechts gewichen. Nur particularrechtlich hat sich neben der römischen Erwerbart durch Tradition in ihren verschiedenen Formen noch eine deutsche erhalten oder gebildet: — eine Art gerichtlicher Auflassung, oder schriftliche Ausfertigung mit gerichtlicher Bestätigung und Eintragung in Contractsbücher, oder Umschreibung in Cataster und Lagerbücher, oder Ingrossation in die Grund- und Hypothekenbücher neuerer Einrichtung unter Berichtigung des Besitztitels. Bei der Vielseitigkeit dieser Formen und der Verschiedenheit ihres Zweckes und der Wirkung, der Folgen der Nichtbeachtung

*) Chr. L. Runde, deutsches eheliches Güterrecht (Oldenburg. 1841.) §. 4.

unter den Contrahenten wie gegen Dritte, kann hierin kein gemein= deutsches Institut unter dem Namen der Investitur anerkannt werden, welches nur bei Lehngütern in dem als gemeines Recht recipirten longobardischen Lehnrechte Grund findet. Und wo nicht die eine oder die andere particular=rechtlich als nothwendig zum Uebergang des dinglichen Rechts nachgewiesen werden kann, da genügt die gemeinrechtliche Erwerbart des römischen Rechts *)."

Zunächst nun drängt sich bei dieser Darstellung das Bedenken auf, daß es wohl überhaupt nicht angemessen ist, bei einer Collision deutscher und römischer Rechtsinstitute von einem Beweise zu sprechen, der nöthig seyn soll, um die dem einen Theil günstige Präsumtion für den andern zu beseitigen. Das erinnert doch zu sehr an die von Puchta siegreich bekämpfte Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechts, welche durchaus der Würde und freien Stellung des Richteramtes widerspricht, und sich nur unter dem Einfluß eines ganz verkümmerten Rechtszustandes ausbilden konnte. Wenn bei einer Collision der angeführten Art von einer Vermuthung die Rede seyn soll, so darf dabei doch wohl auf keinen Fall an die processualische praesumtio juris und an ein gewöhnliches Beweisverfahren gedacht werden; denn wie will man die Frage, ob ein deutschrechtliches Institut irgendwo gelte, davon abhängig machen, ohne die Regel, daß der Richter das Recht kennen soll, willkührlich zu beschränken, und die Anwendung des Rechts von Zufälligkeiten bestimmen zu lassen! Wird es doch wohl überhaupt nicht leicht geschehen, daß man bei Instituten, die

---

*) Derselbe in der Zeitschrift für deutsches Recht, Band 7. Heft 1. No. 1. S. 7. 8.

fast täglich in den Rechtsverhältnissen jeder Familie und jedes Geschäftsmanns zur Sprache kommen, wirklich im Zweifel ist, ob sie in einem bestimmten Bezirke gelten oder nicht, und in welcher Form und mit welcher Wirkung sie daselbst vorkommen. Treten aber ausnahmsweise solche Zweifel ein, so sind zu ihrer Beseitigung andere Mittel nöthig, als die Beweisführung der Parteien, welche nur adminiculirend dabei eingreifen kann. — Wollte man aber die Sache auch anders auffassen, und mit der Vermuthung für das römische Recht etwa nur so viel sagen, daß so lange die Geltung der deutschrechtlichen Grundsätze nicht ganz fest stehe, nach jenem erkannt werden müsse, so fehlt es doch auch für eine solche Ansicht an genügenden Gründen. Runde hebt deren namentlich zwei hervor.

1. Das römische Recht sey im Ganzen recipirt worden, und müsse daher auch für die Verhältnisse, für welche es überhaupt applicabel sey, im Zweifel zur Anwendung kommen. Darauf erwidere ich, daß allerdings die ursprüngliche Absicht der Romanisten darauf gerichtet war, die Reception vollständig durchzuführen; daß ihnen dieß ja aber eben nicht gelungen ist. Viele römische Institute, namentlich aus dem öffentlichen Rechte, sind gar nicht practisch geworden, weil sich eben die Unmöglichkeit zeigte, sie zur Geltung zu bringen, und man sich damit begnügen mußte, das einheimische Recht mehr oder weniger zu romanisiren; in andern Lehren drang das römische Recht allerdings durch, aber nur so, daß die gegenüberstehenden deutschrechtlichen Institute davon nicht ganz unterdrückt wurden, sondern neben den römischen ihre selbständige Haltung bewahrten. Das ist gerade in den von Runde behandelten Fällen, bei dem ehelichen Güterrecht und bei der Erwerbung dinglicher Rechte am Grundbesitz geschehen; ja das einheimische Recht hat hier

offenbar nicht bloß die größere statistische Ausdehnung für sich, sondern auch intensiv einen überwiegenden Einfluß behauptet, so daß Hasse z. B. geneigt ist, die gemeinrechtliche Präsumtion zu Gunsten der gerichtlichen Auflassung zu stellen. Dieß hat aber auch wieder sein Bedenkliches; vielmehr scheint das allein Richtige zu seyn, daß man in einem solchen Collisionsfall alle in Betracht kommenden Verhältnisse unbefangen erwägt, ohne daß man dem Umstande, ob ein Institut römischen oder deutschen Ursprungs ist, irgend eine entscheidende Wirkung beilegte. Dadurch wird auch der so nahe liegende Einwand beseitigt, daß viele Institute gar nicht mehr einen rein römischen oder rein deutschen Charakter haben, sondern aus einer Vereinigung jener beiden Elemente unsers heutigen Rechts ihre jetzige Gestalt erlangt haben. — Nur wenn es sich bestimmt darthun ließe, daß eine Lehre, z. B. die des römischen Rechts über die Vindication der Mobilien, unbedingt gemeinrechtlich geworden ist, kann man sie, bis man sich von der Geltung einer ihr widerstrebenden Regel für den besondern Fall überzeugt hat, unbedenklich zur Anwendung bringen.

2. Einen zweiten Grund entnimmt Runde dem Umstande, daß das römische Recht sich als ein abgeschlossenes, einheitliches System darstellt, während das deutsche, wenigstens bei den oben angeführten Lehren, eine große Mannichfaltigkeit der Erscheinungen aufweist, und daher jenem nicht mit derselben Bestimmtheit entgegentritt. Das erschwert allerdings die praktische Durchführung dieser deutschrechtlichen Institute in ihrer gemeinrechtlichen Wirksamkeit außerordentlich; denn es genügt nicht, daß man für den gegebenen Fall wisse, es sey darauf das einheimische Recht zur Anwendung zu bringen, sondern man muß nun noch weiter untersuchen, welches besondere Institut

denn eben vorliege; und dabei kann es denn auch wohl geschehen, daß man, selbst wenn dieses festgestellt worden, noch im Zweifel bleibt, nach welchen Grundsätzen dasselbe zu beurtheilen ist. Diese Rechtsunsicherheit ist die unselige Folge unserer unterbrochenen und verkümmerten Rechtsbildung; sie ist ein großes Uebel und kann, zum Theil wenigstens, nur durch die Gesetzgebung gehoben werden. Aber es liegt darin kein Grund, der Herrschaft des römischen Rechts eine Ausdehnung zu geben, welche demselben nicht an und für sich nach der Stellung, die es im heutigen Rechte einnimmt, gebührt; ein solches Verfahren würde den Charakter der Willkühr an sich tragen, welche das Uebel nur äußerlich verdeckte, und leicht zu den schlimmsten Rechtswidrigkeiten führen könnte. — Man wird also in einem Fall, wo es zweifelhaft erscheint, ob das Güterrecht der Ehegatten nach römischem oder deutschem Recht zu beurtheilen ist, die Frage nicht so stellen dürfen: gilt hier das Dotalsystem oder die Gütergemeinschaft? sondern man wird sie dahin formuliren müssen: *welches* Recht ist auf diesen Fall anzuwenden? und nun näher zu untersuchen haben, ob es das reine römische ist, oder irgend eine Form des deutschen Rechts oder etwa eine Mischung von beidem, wie sie sich gerade auf diesem Gebiete so häufig findet. Eben so hat man sich denn in ähnlichen Fällen zu benehmen, z. B. bei dem bäuerlichen Güterrecht. Nach Runde's Ansicht würde man auch bei der Erbpacht im Zweifel für die römische Emphyteuse vermuthen müssen, und das, glaube ich, wird der berühmte Bearbeiter unseres Bauernrechts selbst am Wenigsten gelten lassen wollen.

Ich fasse nun noch einmal das Ergebniß dieser Erörterung kurz zusammen. Das Recht ist entweder gemeines oder particuläres (specielles) Recht, und jenes wieder Landrecht oder

Ständerecht, und zwar bald mit der Kraft einer unbedingten, bald nur mit der einer bedingten Geltung. Diese Eintheilung befaßt das gesammte gemeine Recht, mag es nun fremden oder einheimischen Ursprungs seyn. Auch das Volksrecht und das Juristenrecht werden dadurch nach dem Umfang ihrer Geltung näher bestimmt, und können also in der weitesten Ausdehnung und in der engsten Begrenzung ihre Anwendung finden. Doch ist der Sitz des Juristenrechts vor Allem in dem gemeinen Landrecht zu suchen, während das Volksrecht sich häufig auch in den engeren Kreisen der Gemeinde, der Provinz u. s. w. darstellt. Gerade hier hat sich, namentlich unter dem Bauernstande, ein reicher Schatz von sinnvollen und echtnationalen Rechtsformen und Gebräuchen erhalten, welche von einem, der Gegenwart zugewandten Jacob Grimm erforscht und zusammengestellt, für die lebendige Kunde des einheimischen Rechts von großer Bedeutung werden könnten. Auch in dem Particularrecht der einzelnen deutschen Staaten findet sich das Volksrecht in manchen eigenthümlichen Erscheinungen, welche nicht bloß eine allgemeine nationale Rechtsidee unter besonderen Modificationen wiedergeben. Daß sich eben in dieser Sphäre solche originelle Rechtsbildungen von wahrhaft volksthümlichem Gehalt nicht noch häufiger zeigen, als es in der That der Fall ist, erklärt sich wohl nur daraus, daß auf die Entstehung der meisten deutschen Staaten so viel Zufälliges eingewirkt hat, welches es nicht zu einem organischen Verwachsen der einzelnen Theile und zu einer entsprechenden Rechtsbildung kommen ließ.

I.

Das Volksrecht.

Viertes Kapitel.

Erkenntnißquellen des Volksrechts.

Nimmt man das Volksrecht in seiner eigentlichen Bedeutung als das im Volke entstandene und in dessen Bewußtseyn lebende Recht, so kann über die Lösung der Frage, wie es erkannt wird, nicht leicht ein Zweifel bestehen. Das Volk in seiner Gesammtheit oder in seinen engeren Kreisen, wie nun der Umfang des Rechts sich darstellt, hat von demselben eine unmittelbare Anschauung, welche in den Zuständen und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens die darin enthaltenen rechtlichen Momente erfaßt, und mit jenen zugleich die sie beherrschende Norm kennt und handhabt. Ebenso verhält es sich mit jedem Einzelnen, in dessen Bewußtseyn sich vermöge seiner Stellung und seiner Lebens- und Geschäftserfahrung die gemeinsame Rechtskunde abspiegelt; er bedarf keiner besonderen Mittel, um dazu zu gelangen, sondern es genügt ihm, wenn er sich eben nur seines Zusammenhangs mit der Gesammtheit in dieser Hinsicht sicher ist. Sollte aber jemand, der außerhalb des Volkslebens und der Volksanschauung stände, geneigt seyn, sich die Kenntniß des darin enthaltenen Rechtes zu verschaffen, so würde er ganz nach Art eines Naturforschers zu Werke gehen müssen, indem er auf dem Wege der Beobachtung sich die ihm ursprünglich fremden Zustände aneignete Wie weit ihm dieß gelingen wird,

das hängt von der Beschaffenheit des Gegenstandes, von günstiger Gelegenheit, und vor Allem von der Geschicklichkeit, dem Fleiße und der Treue des Forschers ab. — In der oben angegebenen Weise wird sich die Rechtskunde unter den deutschen Völkerschaften zur Zeit ihres ersten Auftretens in der Geschichte verhalten haben; und als ein Beispiel des gelungenen Forschens vom Standpuncte des fremden Beobachters aus tritt uns das Werk des Tacitus über unsere Vorfahren entgegen.

Bei der weiterschreitenden staatlichen Entwicklung konnte aber jene durchaus naive Auffassung des Rechts im Volke nicht ganz ungetrübt bleiben; die Verwicklung der menschlichen Dinge in ihrer allmäligen Ausbildung schwächt die Ursprünglichkeit und Klarheit der Anschauung, und wenn positive Satzungen durch Gesetzgebung und Autonomie eingreifen, so ist schon eine sinnende Ueberlegung, eine gewisse Kritik nöthig, um sich des äußerlich festgestellten Materials im Zusammenhange mit dem gesammten volksthümlichen Rechtsstoff bewußt zu werden. In beiden Beziehungen ist für das Volk ein Anhalt, eine Leitung nöthig, welche ihm durch die Thätigkeit besonders erfahrener und weiser Männer in der Lehre und Anwendung des Rechts geboten wird. So treten schon zur Zeit der alten Leges die Sapientes hervor, die offenbar einen mehr als gewöhnlichen Einfluß hatten, und deren sich Karl der Große bei seiner Gesetzgebung wohl zu bedienen wußte. Auch Eike von Repkow, so sehr er aus der Fülle seiner Erfahrung und im Bewußtseyn, nur als Organ des Volks etwas zu bedeuten, sein unsterbliches Werk schrieb, hatte schon neben dem schlichten Volksrecht ein positives Rechtsmaterial vor sich, dessen er sich nicht ohne Studium bemächtigen konnte. Denn er mußte die Kaisergesetze beachten, Landrecht und Lehenrecht, geistliches und weltliches,

sächsisches und schwäbisches Recht gegen einander abwägen, und das schon damals so verzwickte Hof- und Dienstrecht zeigte sich keiner gemeinsamen Rechtsanschauung, sondern nur der genauen Erwägung in den engen Kreisen seiner Geltung zugänglich. — Später mit dem politischen Verfall der deutschen Nation zog sich der einheitliche Kern des gemeinen Land- und Lehenrechts immermehr zusammen, und nur für das Recht der einzelnen Stände in ihren verschiedenen Verzweigungen blieb die volle Sicherheit der unmittelbaren Rechtsanschauung bestehen. Auch diese ward durch die Reception des römischen Rechts gebrochen; die neue Lehre, welche allenthalben eindrang, stand dem Volke ganz und gar fern, und ward nur durch den Juristenstand, der nicht mehr der Leiter und Führer, sondern der ausschließliche Vertreter des Volkes seyn wollte, getragen und angewandt.

Das mußte denn freilich für diejenigen Institute des Volksrechts, welche sich noch in Geltung erhalten, oder unter der Einwirkung des modernen Lebens neu gestaltet hatten, von der größten Bedeutung seyn. Die Juristen, welche hier ihre Schwäche fühlten, wußten sich nur durch die Anwendung der ihnen thatsächlich beiwohnenden Machtvollkommenheit zu helfen: Abweichungen vom römischen Recht mit einer gemeinrechtlichen Wirksamkeit ließen sie nur dann gelten, wenn die Auctorität ihres Standes sie anerkannte, ohne daß man sich eben die Mühe nahm, diese auch wieder nach ihren letzten Gründen zu prüfen; für speciellere Rechtsnormen dagegen forderten sie ganz willkührlich, aber durch die Noth dazu gedrungen, einen civilproceßmäßigen Beweis, sey es durch die Producirung eines gültigen Statuts oder die Darlegung eines Gewohnheitsrechts. Denn wenn es auch der Theorie nach

eine allgemeine Gewohnheit seyn konnte, für welche man eine Beweisführung zuließ, so war doch deren Beschaffenheit von der Art, daß das Gelingen derselben in dieser Anwendung so gut als unmöglich war. Man dachte nämlich nicht an das Daseyn eines selbständigen Volksrechts und an die Möglichkeit, dieses unmittelbar zu erfassen; der Begriff war in den des Gewohnheitsrechts aufgegangen, dessen eigentliche Begründung eben in der Gewohnheit gefunden ward. Daher suchte man die Bedeutung des Rechts in einer Reihe äußerer Handlungen, in denen es sich offenbart hatte, und stellte nur auf diese den Beweis, indem man den Richter in der Rechtsfindung ähnlich beschränkte, wie in der Prüfung jeder andern Beweisführung über processualische Thatsachen.

Neben dieser Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechts entwickelte sich aber seit der Mitte des 17. Jahrhunderts in Folge der germanistischen Richtung in der Jurisprudenz eine ganz neue Lehre, indem man die selbständige Existenz einheimischer Rechtsinstitute annahm, und diesen neben dem römischen Recht den Charakter der Gemeinrechtlichkeit beilegte. Insofern dieses deutsche Recht nicht mit dem schon festgestellten Juristenrecht zusammen fiel, mußte dafür natürlich eine besondere Methode zur Anwendung gebracht werden, und zwar eine solche, welche auf anderen Principien beruhte, als auf denen einer für das Studium des geschriebenen Rechts nothwendigen Exegese. So wie man aber lange Zeit über den eigentlichen Charakter dieses deutschen Rechts selbst nicht recht ins Klare und zu einer vollen Uebereinstimmung kommen konnte, so schwankte man auch über die dafür aufzustellende Methode. Man sah wohl ein, daß die Herbeiziehung ganz fernstehender römischer Analogien zu keinem wissenschaftlichen

Resultate führe; aber wie man den einheimischen Rechtsinstituten selbständig beikommen sollte, das war eben die schwer zu lösende Frage. Bald suchte man sich auf dem Wege der historischen Forschung das nöthige Material zu verschaffen, ohne aber zu dessen vollständiger Einsicht zu gelangen; man berief sich auch auf die Auctorität der Juristen und namentlich auf die Sprüche der Gerichtshöfe, wodurch man aber nicht über die bloß äußerliche Geltung eines Juristenrechts hinauskam; man wollte auch wohl das Volksleben selbst beobachten, begnügte sich jedoch meistens damit, daß man sich auf die oft dunklen und unsicheren Rechtssprichwörter verließ; endlich suchte man von den Particularrechten einen gemeinrechtlichen Inhalt abzuziehen, den man denn als das Wesen der Institute und die Natur der Sache hinstellte. Allein alle diese Bestrebungen entbehrten der sicheren Grundlage eines wissenschaftlichen Princips, und in der Ausführung oft der gehörigen Umsicht und des richtigen Tactes. Auch sah man sich allenthalben vom römischen Recht eingeengt, welches in der Praxis der Gerichtshöfe durchaus vorherrschte, und zu dem man nicht die rechte Stellung zu gewinnen wußte. — Wie es sich nun aber auch mit dem Werthe dieser älteren germanistischen Methode verhalten mag, so steht doch jedenfalls so viel fest, daß sie Rechtssätze, die wenigstens theilweise als Volksrecht sich herausstellen, zur allgemeinen Geltung bringen wollte, ohne daß von einem strengen Beweise des Gewohnheitsrechts die Rede gewesen wäre: vielmehr ward ein solcher für die einmal wissenschaftlich anerkannten Normen des einheimischen Rechts von den Germanisten für überflüssig gehalten, oder man verlangte höchstens die Anerkennung des betreffenden Instituts im Particularrechte. Diese beiden Wege, das einheimische

Recht kennen zu lernen, gingen nun eine Zeit lang neben einander her: die ältere Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechts ward für die specielleren Rechtsformen festgehalten, auch von den Germanisten, die hierin keine Neuerung versuchten, wenn auch ausnahmsweise wohl einmal von einem Gerichtshofe nach einem geltenden Rechtssatze unmittelbar im Volke geforscht ward; dagegen bekam die jener Theorie dem Princip nach durchaus feindliche germanistische Methode immer mehr Haltung, und fand selbst, je mehr man sich auf dem Catheder und in den höheren Gerichtshöfen damit befreundete, auch unter den Romanisten mehr Anerkennung. Diese mochten froh seyn, einige Lehren, welche sich dem römischen Recht doch so gar nicht anbequemen ließen, aus den Pandecten los zu werden, und so traten sie allmälig den Germanisten ein, wenn auch nur enges Gebiet ab, indem es diesen überlassen blieb, sich dasselbe nach eigenem Ermessen selbst zu bestellen, und höchstens einige bedenkliche Bemerkungen über die angebliche Gemeinrechtlichkeit der deutschrechtlichen Lehren vernommen wurden.

In neuester Zeit ist nun freilich die Wissenschaft des deutschen Rechts um Vieles weiter gekommen, und auch die wunderliche Theorie von dem Beweise des Gewohnheitsrechts hat durch die von Puchta dagegen erhobene Polemik (ein Hauptverdienst seines Werkes über das Gewohnheitsrecht!) eine unheilbare Wunde erhalten; aber dessenungeachtet bestehen doch noch der Schwierigkeiten genug, wenn es sich um die rechte Erkenntniß des Volksrechts handelt. Das größte Hinderniß bleibt immer dieses, daß wir uns in einem so verworrenen, unorganisch gestalteten Rechtszustande befinden, in welchem die verschiedenartigsten Elemente unverbunden neben einander lie-

gen, das fremde Recht noch überwiegt, und das Verhältniß zwischen diesem und dem einheimischen, wie zwischen dem gemeinen und particulären Rechte weder in der Wissenschaft noch in der Praxis gehörig befestigt ist. Hat dieser Zustand schon überhaupt dem Volksrecht einen großen Theil der ihm gebührenden Bedeutung geraubt, so hat er sich demselben auch darin feindlich bewiesen, daß es selbst in seinem gegenwärtigen Bestande vereinzelt dasteht, ohne sich an eine allgemeine, ihm entsprechende Rechtsbildung anzulehnen, und daß es in vieler Hinsicht von fremden, ja feindlichen Principien beengt und durchkreuzt wird, denen es nur wie durch ein Wunder nicht ganz erlegen ist. Das Volksrecht muß daher in einer zwiefachen Beziehung aufgefaßt werden: einmal seinem selbständigen Gehalte nach, und dann in seinem Verhältnisse zu den andern Rechtsquellen. Wenn man nun auch in ersterer Hinsicht sagen dürfte: das Princip der Erkenntniß beruht noch immer auf der unmittelbaren Anschauung des Volkes selbst, und wer deren nicht von Haus aus theilhaftig ist, der muß auf dem Wege der Beobachtung dazu zu gelangen suchen; so stellt sich in jener andern Rücksicht auf das Verhältniß zu dem sonst geltenden Rechte doch immer die Anforderung einer besonderen, nur durch ein gelehrtes juristisches Studium zu gewinnenden Rechtskunde heraus. Aber auch jene selbständige Auffassung des Volksrechts aus der unmittelbaren Anschauung der Lebensverhältnisse ist nur möglich, wenn es sich wirklich noch ganz rein und mit fremdartigen Bestandtheilen unversetzt darin abspiegelt. Hat schon die Gesetzgebung, die Jurisprudenz, vielleicht mit roher Hand, darein gegriffen; ist im Laufe der Zeiten den nationalen Rechtsinstituten ihre wesentliche Basis entzogen, ragen sie nur wie halbverfallene Ruinen aus einer

früheren, von andern Ideen getragenen Zeit herüber, und sind statt der sicheren Anschauung nur noch mehr oder weniger unklare Vorstellungen von ihrer eigentlichen Bedeutung geblieben: da läßt sich aus dem Volksleben allein nicht mehr die volle Rechtskunde schöpfen, und selbst die Wissenschaft mit allem Apparate der historischen Forschung und der Entwicklung aus der Vernunft der Dinge wird dann kaum vermögen, für das geltende Recht einen vollkommen ausgeführten und festen Bau zu errichten.

So viel wird aber im Allgemeinen anzunehmen seyn, daß die Art und Weise, wie man zur Erkenntniß des Volksrechts gelange, wenigstens dem Princip nach dieselbe seyn muß, mag man dabei nun einen wissenschaftlichen oder einen besonderen practischen Zweck verfolgen. Jene Trennung einer eigenen germanistischen Methode und einer strengen Beweisführung Behufs der Anwendung des Gewohnheitsrechts vor Gericht hat, insofern das Volksrecht dabei in Betracht kommt, keinen inneren Grund, und hat sich wohl nur deswegen so lange erhalten, weil man theils dem wissenschaftlichen Ergebniß der germanistischen Studien, die an sich noch weit davon entfernt waren, den ganzen noch vorhandenen Rechtsstoff des Volksrechts zum Verständniß und zur Anerkennung zu bringen, kein rechtes Vertrauen abgewinnen konnte; theils aber unter dem Gewohnheitsrecht nicht bloß wahres Volksrecht verstanden wurde, sondern auch manche durch die Länge der Zeit zu Recht gewordene factische Zustände, wobei denn unter dem Namen der Observanz auch wohl solche Verhältnisse herbeigezogen wurden, welche dem Recht im objectiven Sinne eigentlich gar nicht angehörten, und nur nach den Grundsätzen der unvordenklichen Verjährung zu beurtheilen waren. Indem ich

daher jetzt daran gehe, die Erkenntnißquellen des Volksrechts genauer zu betrachten, darf ich die Erwägung, zu welchem besonderen Zwecke das Recht erkundet werden soll, ganz bei Seite lassen.

1. Es ist schon bemerkt worden, daß das Volksrecht in seiner ursprünglichen Beschaffenheit am Unmittelbarsten und Sichersten vom Volke selbst, in dem es lebendig ist, erkannt wird. Wenn dieß nun im Allgemeinen auch nicht bestritten werden kann, so entsteht doch die weitere Frage, wie es sich mit diesem Lebendigseyn verhalte, und auf welche Weise es sich bewähre. Man kommt nämlich, wenn man sich diese weiteren Beziehungen nicht klar macht, leicht dahin, die Rechtskunde im Volke für etwas anzusehen, was sich von selbst versteht, und mit einer gewissen Nothwendigkeit jedem Einzelnen, der in der großen Gemeinschaft ist, wie etwa die Sprache sich aufdrängt. Allein ein solches Verhältniß wird selbst bei einer ganz naturgemäßen Entwicklung der Dinge nicht durchweg bestehen. Allgemeine Rechtswahrheiten, die sich bei einer gewissen Ausbildung der bürgerlichen Gesellschaft als unabweisliche Anforderungen der menschlichen Natur herausstellen; Rechtsgrundsätze, die aus der Tiefe der nationalen Sitte hervortreten, und über das gesammte Volk oder dessen einzelne Gliederungen einen unmittelbaren und gleichmäßigen Einfluß ausüben: diese werden von jedem verständigen Individuum erfaßt, und wenn auch mit größerer oder geringerer Klarheit und Sicherheit, gewußt und befolgt werden. Aber das Recht besteht nicht bloß aus solchen Allgemeinheiten; es prägt sich bei der Mannichfaltigkeit der Lebensverhältnisse und deren gegenseitigen Beziehungen in einer Fülle verschiedenartiger Institute aus, deren genaue Kunde sich nur denen erschließt, welche

durch ihre äußere Lage und ihre Geschäfte in einer fortdauernden Berührung mit dem practischen Leben stehen, und erst durch die Erfahrung sich für dasselbe die gehörige Sicherheit und Einsicht erwerben. Das ist gleichmäßig der Fall bei den Instituten, welche dem öffentlichen Recht angehören, oder den Grundbesitz betreffen, oder auf die Verhältnisse der Gewerbe und des Verkehrs sich beziehen; ja selbst da, wo eine weitere Betheiligung der Einzelnen statt findet, wird sich nach dem verschiedenen Grade, in welchem es der Fall ist, eine dem Umfange nach verschiedene Rechtskunde ergeben. Man nehme nur das Familienrecht, und denke sich hier die besondere Stellung des Hausvaters, der Frau, der Söhne und Töchter. Selbst wenn hier noch die schöne, einfache Idee des deutschen Familienrechts, welche sich in dem Mundium darstellt, rein zur Anwendung käme, und das Recht und die Pflicht des Schutzes über Personen und Sachen in den verschiedenen Beziehungen dem Bewußtseyn der Betheiligten klar vorläge; so würde man doch wohl zunächst beim Hausvater das vollkommene Verständniß der Verhältnisse erwarten, wenn auch die andern Familienglieder die sie betreffende Seite derselben genau kennen, und mehr oder weniger mit dem Ganzen vertraut seyn sollten.

Wir dürfen daher annehmen, daß die umfassende und lebendige Rechtskunde im Volke nicht bei Allen gleichmäßig sich finden kann, und daß gewisse Classen und Personen in dieser Beziehung als die Vertreter der Gesammtheit sich herausstellen. Es bedarf auch keiner weiteren Ausführung, daß dieß ein ganz anderes Verhältniß ist, als wenn ein besonderer Juristenstand die ausschließliche Herrschaft über das Recht ausübt; denn wir denken uns hier die Kunde desselben nicht auf diejenigen beschränkt, welche durch Studium und Berufswahl

sie sich zu eigen machen, sondern wir erkennen eben nur den natürlichen und wohlbegründeten Vorzug an, welcher mit der bedeutenderen Stellung, der größeren Erfahrung und, was sich von selbst versteht, mit der höheren persönlichen Begabung der einzelnen Volksgenossen verbunden ist. Handelt es sich denn noch von einem besonderen Standesrecht und überhaupt von den ihrer Geltung nach beschränkten Lehren des Volksrechts, so ist natürlich auch hierauf wieder die nöthige Rücksicht zu nehmen. Denn wer wollte wohl so thöricht seyn, die Kunde des Handelsrechts bei dem Bauernstande zu erwarten, oder bei den Schwaben nach einem eigenthümlichen fränkischen Rechtsinstitute zu forschen. — Aus diesem Allen wird es deutlich seyn, was unter der Rede zu verstehen ist: das Volksrecht lebt in dem Bewußtseyn des Volkes, und bei diesem ist zunächst die Kunde desselben zu suchen.

Die aufgestellten Grundsätze passen nun aber gleichmäßig, mag ein Volksrecht noch in seinem ganzen Umfange bestehen, oder nur sporadisch in einzelnen Instituten und Rechtsanschauungen sich erhalten haben. Denn im letzteren Fall liegt im Wesentlichen für die noch geltenden Normen dasselbe Verhältniß vor, und der Unterschied besteht nicht in der Beschaffenheit, sondern in dem Umfange der Rechtskunde. Daher dürfen wir nun aber auch weiter annehmen: wer das Volksrecht anders als aus der unmittelbaren Anschauung und Lebenserfahrung kennen lernen will, der ist auf die Beobachtung und Erforschung desselben an geeigneter Stelle hingewiesen. In einer solchen Lage aber befindet sich regelmäßig der deutsche Jurist, welcher das noch geltende Volksrecht in den Kreis seiner Kenntnisse aufnehmen will. Die Beschaffenheit unserer Gerichtsverfassung und der Gang des juristischen Stu-

diums, welches durchaus eine gelehrte Richtung hat, halten ihn, wenn nicht ganz besonders günstige Umstände vorliegen, vom eigentlichen Volksleben fern, und stellen ihn, wenigstens in vielen Beziehungen, auf den Standpunct eines außerhalb desselben befindlichen Beobachters. Am Günstigsten ist noch die Lage des Advocaten, der mit den Parteien im unmittelbaren Verkehr steht, und dem sie unbefangen ihr Herz aufschließen; ihm am Nächsten kommt der Unterrichter; schlimmer ist schon das Mitglied eines höheren Gerichtshofs gestellt, welches fast nur mit Acten verkehrt; am Meisten ist aber der Universitätsgelehrte als solcher dem Rechtsleben entfremdet, namentlich seitdem die Thätigkeit der Spruchcollegien so beschränkt worden ist. Und doch sind es gerade die zuletzt genannten Classen der Juristen, welche vorzugsweise die Förderung unseres Rechtes in Händen haben. —

Vor Allem nun liegt es dem Juristen ob, bei der Erkundung des Volksrechts mit voller Unbefangenheit zu Werke zu gehen. Das ist freilich eine Anforderung, welche sich ganz von selbst versteht, und daher, scheint es, kaum besonders hervorgehoben zu werden braucht. Aber bei dem überwiegenden Einfluß, welchen das Studium des römischen Rechts auf die heutige juristische Bildung ausübt, und bei der noch unvollkommenen Entwicklung, welche dem einheimischen Rechte bis jetzt zu Theil geworden ist, trifft es sich nur zu häufig, daß selbst derjenige, welcher das im Volke lebende Recht sich anzueignen bemüht ist, fremdartige Begriffe auf dasselbe überträgt, und mit Analogien sich begnügend, oder doch das eigentliche Lebensprincip übersehend, zur wahren Erkenntniß nicht gelangen kann. Der unbefangene, verständige Sinn, der ungetrübte, natürliche Blick, der Eifer für das Wirkliche und

Wahre: das sind bei dieser wie bei jeder andern Beobachtung die wesentlichen Erfordernisse, um zur rechten Einsicht zu gelangen. Im Einzelnen können dann freilich die Mittel und Wege, welche dahin führen, sehr verschieden seyn, je nachdem die Beschaffenheit des Gegenstandes und die zur Erforschung gebotene Gelegenheit sich gerade verhalten. Oft wird man nicht umhin können, literärische Hülfsmittel zu gebrauchen, welche, wenn sie nur überhaupt zuverlässig sind, wichtige Dienste leisten, und bei der gehörigen Kritik und Sorgfalt den Mangel der unmittelbaren Wahrnehmung, wenigstens theilweise, ersetzen können. Aehnlich verhält es sich mit den Erkundigungen, welche bei den Betheiligten selbst eingezogen werden. Wendet man sich zu diesem Zweck an erfahrene und zuverlässige Leute, denen die betreffenden Rechtsverhältnisse ganz geläufig sind, und von denen man nach ihrer Stellung und ihrem Charakter erwarten darf, daß sie die Wahrheit nach bestem Wissen sagen werden, so läßt sich hier oft die sicherste Auskunft erlangen. In dieser Beziehung könnten z. B. die kaufmännischen Pareres (ein Institut, welches noch mancher Ausbildung fähig und sich auch auf andere Verhältnisse anwenden ließe) für die Wissenschaft und die Praxis eine Bedeutung bekommen, welche weit über die bloße Feststellung von Ortsgebräuchen hinausginge; und die autonomische Beliebung, in der sich früher so oft das Volksrecht aussprach, kann unter Umständen auch jetzt noch als Zeugniß desselben benutzt werden. Auch in Gesetzen findet sich zuweilen die im Volke herrschende Rechtsidee klar und rein ausgesprochen, obgleich oft auch eine beschränkte juristische Theorie oder verunglückte legislative Experimente den ursprünglichen Charakter verwischt haben. — Geht man aber mit seinen Erkundigungen direct

ans Volk, so darf nicht vergessen werden, daß dasselbe bei der gegenwärtigen Beschaffenheit des ganzen Rechtswesens die einzelnen Institute, die es noch unmittelbar lebendig erhält, nicht immer mit einem ganz sicheren Tacte beurtheilt; daß hier zuweilen Verwechslungen zwischen zufälligen Motiven und der eigentlichen, in den Verhältnissen ruhenden Rechtsregel vorkommen, welche nicht leicht statt finden werden, wenn die Rechtsübung mit dem Geschäftsleben Hand in Hand geht, und nicht ausschließlich den geschulten Juristen überlassen ist. Freilich wird es sich oft herausstellen, daß, wenn der Jurist solche Verwirrung zu finden glaubt, der schlichte Geschäftsmann, wie man zu sagen pflegt, den Nagel auf den Kopf getroffen hat, während jener, in seinen angelernten Rechtsbegriffen eingesponnen, den innern Zusammenhang der Regel und der thatsächlichen Verhältnisse nicht durchschaut. Aber zuweilen liegt auch die Schuld auf der andern Seite, und es muß in einem solchen Fall gerade die Gewöhnung an die juristische Zergliederung und Deduction den Mann von Fach sicher stellen, daß er sich nicht zur Annahme eines unbegründeten Rechtssatzes verleiten läßt. Hier die rechte Mitte zwischen Zweifel und Glauben zu halten, ist die Aufgabe des wissenschaftlichen und practischen Tactes, welcher überhaupt bei einer so freien Thätigkeit, wie die bezeichnete ist, von bedeutendem Einfluß seyn muß.

Allein auch eine solche Erkundigung im Volke nach den Rechtsansichten desselben bleibt immer nur eine mittelbare, wenn auch noch so wichtige Quelle der Erkenntniß. Es wird daher unten (Kap. 9.) noch besonders zur Frage gestellt werden, ob nicht durch eine zweckmäßige Umbildung der gegenwärtigen deutschen Gerichtsverfassung dem Volksrechte eine mehr unmittelbare Vertretung gesichert werden kann. Jedenfalls würde es auch den

Juristen eher zum Ziele führen, wenn er sich durch die genaue Beobachtung der Rechtsverhältnisse und Geschäfte eine selbständige Ansicht verschaffen, sich selbst als einen Genossen des Volkes fühlen lernen, und die in den Thatsachen ruhende ratio ohne weitere Vermittlung verstehen könnte. Und in der That, bei gewissen allgemeinen Rechtsinstituten kann auch der Jurist zu einer solchen unmittelbaren Wahrnehmung gelangen. Er steht so gut in seiner Nation, wie jeder Andere, und wenn unglücklicher Weise sein Studium von der Art ist, daß es ihn eher von deren Ansichten entfernt, als daß es sie recht ausbildete und entwickelte, so ist das doch kein Hinderniß, welches durch den rechten Ernst und das rechte Streben nicht sollte beseitigt werden können. Sind aber auch die Schwierigkeiten groß, und bei dem eigentlichen Ständerecht oft unübersteiglich, weil dieses eben wieder einen besonderen bürgerlichen Wirkungskreis voraussetzt: so wird doch der gewissenhafte Jurist stets nach Kräften dahin streben müssen, sich in die Denkweise des Volkes zu versetzen, und so viel möglich sich selbst als einen Träger des Volksrechts zu fühlen. Dann wird auch jede Betrachtung der Rechtsverhältnisse ihm eine ganz andere Ausbeute geben, als wenn er sich damit beschiede, von außen her als ein Fremder die Sachen anzusehen, und er wird namentlich der Gefahr entgehen, das, was lebendig wirkend vor ihm liegt, bloß als eine todte Regel in sich aufzunehmen, die er nur seinem Gedächtnisse einzuprägen und auf das untergelegte Factum anzuwenden habe.

Aber es kommt nicht bloß darauf an, sich den Rechtsstoff möglichst vollständig anzueignen, und ihn in seiner wahren Bedeutung zu erfassen. Wenn die Wissenschaft einmal an einen Gegenstand tritt, so kann sie ihn nicht als etwas Einzelnes

oder als ein Aggregat von Einzelnheiten gelten lassen; sie muß sich des darin herrschenden Gedankens bemächtigen, und die Principien erfassen, in denen das Wesen der Dinge enthalten ist. Auch das Volksrecht, so wie es einmal in den Kreis der Rechtswissenschaft gezogen worden, muß diesen Proceß durchmachen. Doch braucht bei dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft wohl kaum die Verwahrung hinzugefügt zu werden, daß hier nicht an die Unterordnung des lebendigen Rechts unter Begriffe, die nicht in der Sache selbst liegen, sondern anders woher geholt werden, zu denken ist. Die Aufgabe bleibt vielmehr die, die Principien des zur Erkenntniß gebrachten Rechtsstoffs nachzuweisen, und in ihrer innern Consequenz darzustellen. In dieser Hinsicht kann die Wissenschaft auch dem Leben einen großen Dienst erweisen. Denn es stehen vielleicht alle Geschäfte in voller Harmonie mit der sie beherrschenden Rechtsregel, und in jedem einzelnen Fall wird das Richtige getroffen; aber die, welche bei der Abschließung derselben thätig sind, haben kein bestimmtes Bewußtsein von der allgemeinen Idee, welche sie leitet, sie folgen nur ihrer Geschäftskunde und ihrem richtigen Gefühle. Die Wissenschaft stellt nun das Princip klar und bestimmt hin, und verschafft dadurch auch seiner Durchführung im Einzelnen die gehörige Sicherheit und Anerkennung. Ein Beispiel mag dieß verdeutlichen. Man kann wohl sagen, daß fast alle eigenthümlichen Erscheinungen des Handelsrechts, welche sich unmittelbar auf den Handelsverkehr der Kaufleute beziehen, auf das Princip des kaufmännischen Credits zurückzuführen sind; daß dieß der eigentliche leitende Gedanke ist, welcher die verschiedenartigsten Rechtsinstitute hervorgerufen hat, und ihre besondere Natur und ihr gegenseitiges Verhältniß bestimmt. So prägt sich dieses Princip in bestimmten, allge-

mein anerkannten Einrichtungen auf das Deutlichste aus, und jeder reelle Kaufmann geht bei jedem einzelnen Geschäfte, welches er abschließt, von der Voraussetzung aus, daß auch in dem besonderen Falle die Contrahenten gegenseitig alle Regeln, welche der kaufmännische Credit auferlegt, stillschweigend anerkennen, und auf dieser Basis (secundum bonam fidem) operiren. Der kaufmännische Credit (der hier aber natürlich im weiteren Sinne, und nicht bloß in Beziehung auf später zu leistende Zahlungen aufgefaßt wird) ist so zu sagen die Seele des Handelsrechts; er bringt die oft scheinbar so singulären Handelsgebräuche zum rechten Verständniß, und gewährt für manche dunkle Institute erst die rechte Einsicht. Die schwierigsten Lehren des Wechselrechts, die Frage über die rechtliche Wirkung der Connossemente, über die Perfection brieflich abgeschlossener Verträge u. s. w. lassen sich nach diesem Princip leicht und mit Sicherheit lösen. — Aber freilich ist unsere Jurisprudenz noch weit davon entfernt, sich auf diese Weise mit dem Volksrecht zu identificiren, und dasselbe zum höheren, wissenschaftlichen Verständniß zu erheben, so nothwendig das auch gerade unter den gegenwärtigen Verhältnissen, wo keine Volksgerichte die Rechtspflege in Händen haben, seyn kann. Denn der Kaufmann z. B. findet die Anerkennung und Befolgung der in der Handelswelt allgemein angenommenen Normen so natürlich, und nimmt sie so sehr als sich von selbst verstehend an, daß er weiter nicht über den letzten Grund ihrer Geltung reflectirt, und auf Befragen vielleicht gar nichts als den allgemeinen Brauch dafür anzuführen weiß, was denn nach der älteren Theorie noch eine besondere Beweisführung nöthig machen würde. — Wie nachtheilig es aber wirkt, wenn die Jurisprudenz dem Volksrechte ein falsches Princip unterbreitet,

das zeigt, um bei dem Handelsrecht stehen zu bleiben, unser deutsches Wechselrecht; denn zu welchen Ungerechtigkeiten und zu welchen Verirrungen in der Gesetzgebung und der Theorie hat die Ansicht, welche das Wesen des Wechselbriefs in den rigor cambialis, die Wechselstrenge setzte, schon Veranlassung gegeben, und wie lange wird das noch nachwirken, auch seitdem sie von Einert*) in seinem vortrefflichen Werke wissenschaftlich vernichtet worden ist.

2. Die bisherige Ausführung ist von der Ansicht ausgegangen, daß das Volksrecht noch wirklich im Volksbewußtseyn lebendig sey. Das muß nun auf gewisse Weise immer der Fall seyn, wenn man nicht dahin kommen will, auch das Abgestorbene dem geltenden Rechte beizufügen, oder Institute zum Volksrechte zu zählen, welche ihrer ganzen Natur nach nicht zu diesem, sondern zu andern Rechtstheilen zu stellen sind. Indessen kann doch auch die Kunde von solchen Instituten, welche ursprünglich dahin gehört haben, im Volke geschwächt werden, und zwar bis zu einem solchen Grade, daß die Sicherheit und Klarheit der Anschauung verloren geht, und es selbst dem schärfsten Auge schwer wird, den eigentlichen Charakter in der noch bestehenden Rechtsform zu erkennen. Eine solche Erscheinung kann verschiedene Ursachen haben. Zuweilen hat ein Institut in Folge einer im Staats- und Rechtsleben vorgegangenen Umänderung seine frühere Bedeutung verloren, ohne durch neue Bildungen vollständig verdrängt zu seyn, so daß die allgemeine Idee, worauf es beruhte, wirkungslos geworden ist, und das daran hängende Recht nun ohne

---

*) C. Einert, das Wechselrecht nach dem Bedürfniß des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert. Leipzig, 1839.

ein lebendiges Princip haltungslos da steht. Anders stellt sich schon die Sache, wenn zwar das alte Princip erhalten worden ist, aber nicht in dem früheren Umfang seiner Geltung, vielleicht auch eine neue Form bekommen hat, und in dieser noch nicht zur vollständigen Durchbildung gelangt ist. Kommt nun zu solchen Erscheinungen noch eine allgemeine Hemmung und Unterbrechung der Rechtsbildung hinzu, und sinkt das Volk in Folge unheilvoller Ereignisse zu einer energielosen Passivität herab, wie es seit dem 17. Jahrhundert in Deutschland geschehen: so wird, wie leicht zu erachten, die Beobachtung des Rechts im Volke selbst keine genügende Kunde desselben gewähren können, und die erhaltenen Ueberreste früherer Rechtszustände müssen, soweit es überhaupt möglich ist, noch auf andere Weise zum Verständniß gebracht werden.

Dann bekommt aber das Verhältniß der Wissenschaft zum Volksrecht eine eigenthümliche Bedeutung; sie zeigt sich nicht mehr bloß beobachtend und ordnend, sondern sie tritt selbständiger auf, indem sie sich auf dem Gebiete der historischen Forschung bewegt, und hier das Material für die Construction der Rechtsinstitute aufsucht. Doch stehen diese beiden Richtungen der Methode sich nicht schroff einander gegenüber; sie haben das Gemeinsame, daß sie sich in den Besitz der leitenden Principien zu setzen suchen, und schließen sich nicht einander aus, sondern gehen sich ergänzend neben einander her, in der Art, daß sie bald von fast gleicher Bedeutung für eine Lehre sind, bald aber die eine vor der andern mehr oder weniger zurück tritt. — Fragen wir nun, welcher von diesen beiden Wegen bis jetzt am Meisten betreten worden, so zeigt sich offenbar derjenige, welcher durch das Volksleben zur wissenschaftlichen Erkenntniß führt, im Vergleich mit dem anderen sehr vernach-

lässigt. Für das Handelsrecht ist beziehungsweise in dieser Richtung noch das Meiste geschehen, indem theils die Betrachtung des Geschäftsverkehrs unabweislich war, theils auch die Leistungen anderer Nationen unmittelbar benutzt werden konnten; auch sonst ist im Einzelnen dadurch schon Manches gefördert worden. Aber allgemeinere Versuche, das Volksrecht im Volksleben selbst zu erforschen, sind kaum angestellt worden; und wenn einige bedeutende Männer, unter denen namentlich J. Möser zu nennen ist, ihr Streben darauf gerichtet haben, so blieben sie vereinzelt stehen, und fanden fast gar keine Nachfolger. Auch die historische Erforschung unseres Rechts hat freilich noch nicht die Ergebnisse geliefert, welche allen Anforderungen der Wissenschaft entsprechen, oder auch nur immer das nächste practische Bedürfniß befriedigen können; allein hier ist, namentlich durch die Verdienste von Eichhorn und J. Grimm, die Arbeit doch viel umfassender, zusammenhänder und vergleichsweise auch erfolgreicher geworden. — Betrachten wir nun auch dieses Verfahren, um zu sehen, wie darin eine Erkenntnißquelle des Volksrechts vorhanden ist.

Zunächst ist hier eine allgemeine Bemerkung voraus zu schicken, welche für den wahren Historiker freilich sehr überflüssig erscheinen wird, aber dennoch gerade in Beziehung auf die geschichtliche Behandlung unseres Rechts nicht erspart werden kann. Die Geschichte hat es mit der Vergangenheit zu thun, und zwar in ihrem ganzen Umfange, so daß sie erst da aufhört, wo die nächste Gegenwart beginnt, welche ihren Ausgangspunct bildet. Auch diese hat wieder ihre selbständige Bedeutung, welche unmittelbar erfaßt und begriffen werden will; sie fügt den überlieferten Momenten neue Bildungen hinzu, und bekommt so für die Zukunft selbst den Charakter

einer historischen Auctorität. Es ist daher nichts unwahrer und unhistorischer, als das Verfahren mancher Leute, welche der Gegenwart jede unbefangene Anerkennung versagend, nur in dem Alter der Institute die Gewähr ihrer inneren Begründung finden. Aber auch bei dieser Auffassung geht man oft auf das Allerwillkührlichste zu Werke, greift aus der früheren Zeit gewisse Perioden heraus, die für besondere Zwecke einen Anhaltspunct zu gewähren scheinen, und errichtet aus diesen vereinzelten Bruchstücken dann ein Gebäude, für welches man die ausschließliche historische Begründung in Anspruch nimmt. So giebt es eine ganze Schule von Politikern in Deutschland, welche die ursprüngliche germanische Rechtsbildung, wie sie sich in der Herrschaft des gemeinen Rechts und der gemeinen Freiheit darstellt, durchaus ignorirt, und ebenfalls dem welthistorischen Bildungsproceß der modernen Zeit jede höhere, nicht bloß thatsächliche Geltung abspricht, so daß nur die verhältnißmäßig kurze Periode der deutschen Geschichte, in welcher die schroffe Sonderung des Ständewesens und das privatrechtliche Princip des Patrimonialstaates sich ausprägten, als das Muster und Ideal echtgermanischer Rechtsbildung dargestellt wird, deren Wiederherstellung vor Allem Noth thue. Vorurtheile mancher Art, egoistisches Interesse, Unwissenheit und geistige Beschränktheit wirken dann zusammen, um einer solchen Lehre eine, wenn auch nur geringe, doch sehr eifrige Schaar von Anhängern zuzuführen. — Andere, welche sich mehr auf dem Gebiete des Civilrechts bewegen, schließen die Geschichte des deutschen Rechts mit der Reception des römischen Rechts ab, und erkennen von da an nur eine gewisse äußerliche Bewegung in der Jurisprudenz und der Gesetzgebung an, indem sie anzunehmen scheinen, daß die stille und nachhaltige Kraft, mit welcher jede nicht

ganz verkommene Nation auf ihre Rechtsbildung einwirkt, seit jenem verhängnißvollen Ereigniß in Deutschland für immer gebrochen sey. Das einseitige, den freien Blick für das Thatsächliche trübende Studium des fremden Rechts, welches einen vorzugsweise gelehrten Standpunct voraussetzt, ist der gewöhnliche Grund einer solchen Verirrung. Wenn wir aber in der historischen Forschung eine wichtige und fruchtbare Quelle für die Erkenntniß des Volksrechts finden, so denken wir sie uns ohne jene willkührliche und unwissenschaftliche Beschränkung; das ganze Gebiet der Geschichte ist ihr zur Ausbeute eröffnet, und wenn sie bei der Gegenwart angelangt ist, so weiß sie diese im Zusammenhange mit der Vergangenheit zu erfassen, und geht in die unmittelbare Beobachtung und Würdigung der heutigen Zustände über.

Wie jeder andere Geschichtschreiber hat nun auch der Rechtshistoriker alle Momente zusammen zu fassen, welche ihm die einzelnen geschichtlich begründeten Ereignisse und Zustände zur Anschauung und zum Verständniß bringen; er hat ihren innern Zusammenhang zu erkennen, und die allgemeinen Rechtsideen in ihrer historischen Bewegung aus den Thatsachen darzustellen. So gewährt er nicht bloß die rechte Einsicht in das gesammte Rechtsleben der Nation, sondern stellt auch die einzelnen Lehren klar und bestimmt in ihrer eigenthümlichen Bedeutung hin. — Um zu zeigen, wie sich die historische Forschung eines Instituts in seiner geschichtlichen Entwicklung bemächtigen kann, und wie dann die gewonnenen Resultate sich auch für das Recht der Gegenwart als höchst fruchtbar und einflußreich herausstellen, wähle ich ein Beispiel an der Auflassung, deren Wesen und Bedeutung erst in neuerer Zeit recht erkannt worden ist.

Soweit sich die Quellen des deutschen Rechts verfolgen lassen, findet sich in denselben der Grundsatz ausgeprägt, daß dingliche Rechte an Grundstücken nicht durch Besitzeinräumung und Vertrag, sondern nur durch eine feierliche, öffentliche Handlung übertragen werden können, welche in ihrer späteren Form vor dem ordentlichen Gerichte der belegenen Sache vorgenommen werden mußte. Ursprünglich war dieß für freies Eigen das ungebotene Echteding, welches alle schöffenbaren Dingpflichtigen besuchen mußten, und wo daher regelmäßig jeder Widerspruch gegen die vorzunehmende Auflassung (so nenne ich jenen feierlichen Act der Uebertragung) sofort von dem Betheiligten oder dessen gesetzlichen Vertreter geltend gemacht werden konnte; wer dieß, obgleich er gegenwärtig war, unterließ, der hatte sich seines Rechtes verschwiegen. Indessen beruhte die Anwesenheit aller Betheiligten doch nur auf einer Fiction, und es konnte daher nicht fehlen, daß zuweilen eine bereits vollzogene Auflassung angefochten ward, selbst wenn man das namentlich in den nordischen Rechten ausgebildete Institut der vorhergehenden Verkündigung angewandt hatte. Solche Anfechtungen mußten besonders häufig werden, als sich das Beispruchsrecht der nächsten Erben bei Veräußerungen des Grundbesitzes zur allgemeinen Geltung erhoben hatte, und die Anfechtungsgründe dadurch so sehr vermehrt worden waren. Neben der Auflassung entwickelte sich daher zu ihrer Unterstützung eine besondere Verjährung, indem der Empfänger, welchem der Tradent so lange Gewähr zu leisten hatte, erst nach Ablauf von Jahr und Tag gegen die dingliche Klage des Verletzten, der nicht sofort seinen Widerspruch hatte erheben können, gesichert ward (die rechte Gewere erhielt). Das ward nun um so wichtiger, als die alte Landesgemeinde der schöffenbar Freien im Echte-

ding immermehr an Bedeutung verlor, und die Lehen- und Voigtsgerichte, in den Städten auch die Schöffenbank oder der Stadtrath die Auflassung der zu ihrer Competenz gehörigen Güter vor sich vollziehen ließen. Denn die jetzt mehr Platz greifende richterliche Voruntersuchung, welche namentlich das Recht an Erbgütern feststellte, hatte doch nicht eine solche Bedeutung, daß dadurch jede spätere Anfechtung unmöglich ward, da von einer eventuellen Haftung des Gerichts wegen mangelhafter Berichtigung des Legitimationspunctes wohl vor den neueren Gesetzgebungen keine Spuren vorkommen. Immer aber blieb, so lange die deutsche Gerichtsverfassung bestand, die gerichtliche Auflassung die einzige Form, welche neben der Erbfolge und dem Richterspruch das Eigenthum oder irgend ein dingliches Recht (die Gewere) an Immobilien übertrug, und wenn auch seit dem 13. Jahrhunderte, namentlich in den Städten, die schriftliche Aufzeichnung der vollzogenen Auflassung hinzukam, so war dieß nichts Wesentliches, und diente bloß zur Sicherung des Beweises, ersetzte wenigstens die feierliche Handlung selbst nicht. — Durch das Princip der Auflassung ward nun dem deutschen Recht des Grundbesitzes eine außerordentliche Festigkeit und Sicherheit gegeben; es ward dadurch der Besitztitel des Eigenthümers unter die Garantie der Oeffentlichkeit gestellt, und jedes dingliche Recht in Beziehung auf den Erwerb und die Priorität vollständig geschützt und controlirt. Später, als das römische Recht aufgenommen, die deutsche Gerichtsverfassung gesprengt ward, änderte sich das Verhältniß: die Romanisten, welche die mancipatio und in jure cessio als einen etwaigen Anhalt im Justinianischen Rechte nicht mehr vorfanden, übersahen ganz die Bedeutung des deutschrechtlichen Instituts, und erkannten statt dessen für

das gemeine Recht nur die Besitzübertragung und den Vertrag an. In Particularrechten und namentlich in manchen Stadtrechten erhielt sich freilich noch die alte Einrichtung, aber in der vereinzelten Stellung verlor sie viel von ihrer ursprünglichen Bedeutung, da überhaupt die Oeffentlichkeit dem neu ausgebildeten Gerichtswesen fremd war, und die Juristen sich mit zum Theil ganz abgeschmackten Analogien aus dem römischen Recht die Sache zu erklären suchten, und sie daher immer mehr verwirrten. Die Grundsätze über das pignus publicum, über die gerichtliche Confirmation der Verträge und die Anmeldung einer großen Schenkung sind in verschiedener Weise auf die Lehre von der Auflassung angewandt worden. — Durch diese Umkehrung aber, welche das Recht des Grundbesitzes erfuhr, und durch die Herrschaft, welche das in dieser Hinsicht für uns fast ganz unbrauchbare römische Recht erlangte, hat Deutschland einen großen Schaden genommen: der Mangel eines gesicherten Besitztitels mußte zu einer verderblichen Rechtsunsicherheit führen, und der ganze Realcredit ward auf das Tiefste erschüttert, als das elende römische Hypothekenwesen mit seinen Legal- und Conventionalpfändern und seinen Privilegien eine gemeinrechtliche Geltung erhielt. — Aber gerade dieses Unheil führte zur besseren, freilich theuer erkauften Einsicht. Schon um die Mitte des 17. Jahrhunderts hatten einige ausgezeichnete Bearbeiter des sächsischen und lübischen Rechts das Wesen der dort noch erhaltenen Auflassung richtiger erkannt, und dadurch auch zur allgemeineren Würdigung derselben wesentlich beigetragen. In späterer Zeit nun, als die Gesetzgebung auf eine Reform jener schlimmen Zustände bedacht war, lehnte sie sich dabei wieder an das noch nicht ganz untergegangene Institut des alten Volksrechts an,

indem sie dessen Princip adoptirte, und demselben nur eine andere, zeitgemäße Form gab. Durch das Steuerwesen war man schon darauf hingewiesen, den Grundbesitz zu individualisiren, und die einzelnen Grundstücke in öffentlichen Büchern genau zu verzeichnen. Der leitende Gedanke der neueren Hypothekenordnungen besteht nun darin, solche öffentliche Bücher als Grundlage des Realcredits zu benutzen, und die Erwerbung eines dinglichen Rechts von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig zu machen. Diese erscheint also als eine Auflassung in foro rei sitae, nur daß die Schrift an die Stelle des feierlichen, symbolischen Actes getreten ist, und nicht mehr die Parteien selbst unmittelbar dabei thätig sind, sondern, durch sie veranlaßt, die öffentliche Behörde die entscheidende Handlung vornimmt, indem man den Mangel des alten Echtedings durch Edictalcitationen zu ersetzen sucht Oft mag man sich freilich gar nicht darüber klar geworden seyn, daß man sich mit dem sogenannten Princip der Publicität und Specialität wieder auf dem Wege der altgermanischen Rechtsbildung befinde; manche Gesetzgebung der angeführten Art läßt auch bald die Consequenz und Strenge, bald die Elasticität des älteren Rechts, welches die Auflassung nicht nothwendig auf einzelne Grundstücke beschränkte, gar sehr vermissen; man hat oft die verschiedene Vertheilung des Grundbesitzes und namentlich die Möglichkeit der freien Zerstückelung im Gegensatz zu den geschlossenen Stellen nicht gehörig erwogen, und sich so eine ungeheure Last der Katastrirung und Buchführung aufgeladen, bei der Mittel und Zweck in keinem Verhältnisse stehen; die Feststellung des Legitimationspunctes ist zum Theil mit einer wahrhaft pedantischen Aengstlichkeit geordnet. Solchen und ähnlichen Ausstellungen sind diese neueren Gesetzgebungen viel-

fach ausgesetzt; aber geht man näher darauf ein, so wird sich sehr oft ergeben, daß gerade die mangelhafte Kenntniß von dem Institut der Auflassung in seiner früheren, lebensvollen Wirksamkeit, welche nicht durch eine vollendete legislative Kunst ersetzt ward, diese Fehler begehen ließ. Auch in mancher andern Beziehung wird die historische Forschung, welche den innern Zusammenhang der ganzen Rechtsentwicklung aufdeckt, und namentlich die verschiedenen Mittel, deren man sich in den verschiedenen Zeiten zur Sicherung des Privatcredits bedient hat, darlegt, der scheinbar modernen Schöpfung erst ihr rechtes Verständniß sichern. Dadurch gewinnt aber die Lehre von der Auflassung, obgleich sie sich zunächst immer als ein Institut des speciellen Rechts darstellt, auch einen bestimmten gemeinrechtlichen Inhalt, und wenn sie auch in ihren einzelnen Erscheinungen meistens erst durch die neuere Gesetzgebung begründet worden ist, so hat sie doch, als Ganzes betrachtet, ihre Wurzel im Volksrecht.

Bei solchen historischen Deductionen kommen namentlich zwei Gesichtspuncte in Betracht, die man stets festhalten muß, um sich die wissenschaftliche Sicherheit und Unbefangenheit zu bewahren. Zuvörderst hat man das Institut, um welches es sich handelt, in seiner ursprünglichen Beschaffenheit zu erforschen und die dasselbe beherrschenden Principien darzulegen; dann aber muß man ihm in seiner weiteren Ausbildung oder Verbildung nachgehen, um seine Stellung im Recht der Gegenwart gehörig zu begreifen. Dabei darf freilich die volle Freiheit der wissenschaftlichen Forschung in Anspruch genommen werden; bald läßt sich in weit entfernten Zeiten das Princip noch bestehender Einrichtungen, welche früher vielleicht einer größeren Lebenskraft sich erfreuten, nachweisen, bald kann

man umgekehrt durch die Anschauung der nächsten Umgebung zum Verständniß des Alterthums geführt werden. Wo das rechte Gleichgewicht zwischen dem ausgebildeten Sinn des Geschichtsforschers und des Beobachters sich findet, da werden die reichsten Früchte der Arbeit zu erwarten seyn. — Es ist auffallend, wie sehr dieß von unseren Germanisten oft verkannt wird. Wie viele Mühe haben sie sich z. B. gegeben, das Princip der ehelichen Gütergemeinschaft festzustellen; wie viel historische Gelehrsamkeit und juristischer Scharfsinn ist darauf verwandt worden! Hat aber auch nur Einer schon einmal den Weg eingeschlagen, welcher bei einem, wie es scheint, noch in frischer Geltung stehenden Institute doch so leicht gebahnt war, und sich unbefangen an das Volk gewandt, um zu sehen, wie dieses denn die Sache auffaßt, und wie sich in seiner Anschauungsweise die Verhältnisse ausnehmen? Freilich wird man dann vielleicht zu Resultaten kommen, welche den römisch zugespitzten Rechtsbegriffen der Schule kaum faßlich erscheinen; aber wenn wir dem vorhandenen Rechtsstoff unsere Begriffe entlehnen, und diese nicht von Außen her in denselben hineintragen wollen, so werden sich auch schon die Mittel finden, um eine eigenthümliche deutsche Rechtsanschauung dem juristischen Verständniß zu erschließen. — Indessen kann es allerdings geschehen, daß gewisse allgemeine Rechtsideen sich allmälig aus dem Volksleben zurückziehen, ohne daß zugleich die Institute, welche sie ursprünglich beherrschten, ihre äußere Geltung verlieren. Es wird später noch zur Frage kommen, ob so etwas nicht bei der ehelichen Gütergemeinschaft vorgegangen sey; ohne Zweifel ist es bei dem Lehenrecht der Fall gewesen, da dessen eigentliches Princip, die Lehenstreue in die Unterthanentreue und Bürgerpflicht des modernen Staates

aufgegangen ist; desgleichen bei den Reallasten, welche, wenigstens in ihrer früheren Bedeutung, dem gegenwärtigen Rechtsleben in Beziehung auf die Verhältnisse des Grundeigenthums und des Verkehrs nicht mehr entsprechen. In solchen Fällen kann die historische Forschung das abgestorbene Princip natürlich nicht wieder ins Leben rufen; sie muß sich darauf beschränken, den Thatbestand festzustellen und zu erklären, und es der Praxis überlassen, sich für den einzelnen Fall auf irgend eine Weise die entsprechende Norm der Entscheidung zu verschaffen. Das kann denn freilich leicht zur Unsicherheit und Verwirrung führen; aber die willkührliche Annahme, daß das ältere Recht noch das unbedingt geltende sey, ist nicht das rechte Mittel, sie zu beseitigen. Wenn einem Institute jede wahre Lebenskraft ausgegangen ist, so erscheint es doch nur rein zufällig, wenn es überhaupt noch existirt; und vermag das Volk selbst nicht, es auszustoßen oder durch neue Bildungen zu ersetzen, so ist es die Aufgabe der Gesetzgebung, hier reformatorisch einzugreifen, und das gehörige Gleichgewicht zwischen der Rechtsregel und den Rechtsverhältnissen wieder herzustellen.

Nach dieser allgemeinen Erörterung läßt sich nun auch die Bedeutung des particulären und statutarischen Rechts für die historische Erforschung des Volksrechts bestimmen. Abgesehen nämlich von den besonderen Instituten, welche in jenen Rechtsquellen auf eine eigenthümliche Weise ausgebildet worden sind und ihre selbständige Behandlung verlangen, ist in denselben nur ein Hülfsmittel für die Begründung des gemeinen Rechts enthalten, ohne daß dieses ausschließlich aus ihnen geschöpft werden könnte. Man hat zwar wohl gemeint, aus der Uebereinstimmung mehrer oder vieler Particularrechte auf

die gemeinrechtliche Geltung gewisser Rechtssätze schließen zu können; allein wenn auch daraus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ein solches Verhältniß folgen mag, so fehlt demselben doch jede Gewähr einer wirklich nothwendigen Begründung. Denn bei dem selbständigen Gange, den namentlich seit dem 16. Jahrhundert die Entwicklung der Particularrechte genommen hat, und bei der oft durch äußere Einwirkungen bestimmten Aehnlichkeit, die manche unter ihnen haben, läßt sich von solchen speciellen Satzungen allein noch kein sicherer Schluß auf die gemeinrechtliche Regel machen. Viele Mißverständnisse sind dabei untergelaufen, und manche Einrichtung ist nur aus äußeren Rücksichten der Zweckmäßigkeit getroffen worden. Dazu kommt, daß die speciellen Gesetzgebungen meistens unter dem unmittelbaren Einfluß der gerade herrschenden Theorie entstanden sind, welche sich in der bestimmten Zeit und unter den gegebenen Verhältnissen allerdings mit einer gewissen Allgemeinheit geltend machte, ohne jedoch bei der allmäligen Umbildung vieler gemeinrechtlichen Lehren anders als in den einzelnen Gesetzen für die Dauer fixirt zu seyn. Man hat daher in jedem einzelnen Fall zu erwägen, ob und in welcher Weise die allgemeine Rechtsidee durch eine solche Gesetzgebung eigenthümlich modificirt worden ist. Bedenkt man nun noch, daß es unter diesen Umständen ganz zufällig seyn kann, ob ein Institut, welches auf verschiedene Weise aufgefaßt worden, gerade in seiner rechten Bedeutung die weiteste Verbreitung gefunden hat, und daß in der Wissenschaft die Zahl nicht auch nothwendig das Gewicht der Gründe bestimmt, so wird wohl die Annahme, daß die Uebereinstimmung mehrer Particularrechte gemeines Recht bilde, keiner weiteren Widerlegung bedürfen. Oft stellt sich ja auch die Sache so, daß eine ge-

meinrechtliche Lehre in verschiedenen Formen ausgebildet worden ist, und daß man sich damit begnügen muß, das gemeinsame Princip mit wenigen allgemein gültigen Folgerungen daraus anzugeben, dann aber die einzelnen Erscheinungen, in denen es sich gruppenweise in den Particularrechten darstellt, besonders zu betrachten, und die Regel, von der sie wieder beherrscht werden, nachzuweisen, bis man endlich, den Boden des gemeinen Rechts verlassend, zu der speciellen Normirung in den engeren Kreisen der Landesrechte und Statute gelangt. — Doch sind diese speciellen Rechtsquellen auch für die historische Erforschung des gemeinen Volksrechts von der größten Wichtigkeit. Denn es zeigt sich in ihnen, wie sich die allgemeinen Principien in dem Rechtsleben der einzelnen Länder und Bezirke ausgeprägt haben; ob das Institut, falls es schon von einem höheren Alter ist, in seiner ursprünglichen Reinheit erhalten, oder ob es verändert, beseitigt und vielleicht von Neuem wieder hergestellt worden ist.

Fünftes Kapitel.

Das Volksrecht als gemeines Landrecht.

Es sind schon früher die Ursachen angegeben worden, warum das Volksrecht gerade auf dem Gebiete des gemeinen Landrechts, welches sowohl zum particulären Rechte als auch zum Ständerechte einen Gegensatz bildet, nur in einer beschränkten Geltung vorkommt. Denn gerade in dieser Sphäre hat sich das römische Recht festgesetzt, und durch das Juristenrecht seine Umbildung und weitere Entwicklung erhalten, so daß von einer allgemeinen Herrschaft des Volksrechts nicht die Rede seyn kann. Dasselbe kommt hier vielmehr nur insofern in Betracht, als es sich dem römischen Recht gegenüber selbständig geltend gemacht, oder doch dem Juristenrecht seinen Inhalt und seine bestimmte Richtung gegeben hat. Um nun die Bedeutung des Volksrechts in dieser Beziehung zu würdigen, wird es zuvörderst nöthig seyn, das gemeine Landrecht in seinen einzelnen Theilen genauer zu betrachten, und die Beschaffenheit seines Inhalts von dem bezeichneten Standpuncte aus zu bestimmen. Es ist dabei aber nicht auf eine vollständige Erwägung des Details abgesehen, wofür es auch noch an den nöthigen Vorarbeiten fehlt; der Zweck der folgenden Ausführung geht vielmehr nur dahin, eine allgemeine Charakteristik des Einflusses, welchen das Volksrecht in dieser Sphäre ausgeübt hat, an die Darlegung des Einzelnen anzuknüpfen.

I. Das Privatrecht.

Hier findet sich das Volksrecht theilweise noch in einer sehr ausgebreiteten Wirksamkeit. Namentlich das Fami-

lienrecht ist trotz seiner romanistischen Färbung dadurch in sehr wesentlichen Puncten der nationalen Rechtsanschauung treu erhalten worden. Das stellt sich zunächst in dem Recht der Ehe dar. Es giebt kein tieferes, juristisch und sittlich vollendeteres Symbol im heutigen Rechtsleben als die Trauung, welche, in Verbindung mit den vorbereitenden Handlungen, den strengsten Formalismus und die weiteste Publicität mit der frommen Innigkeit des deutschen Familiensinns in sich vereinigt; sie ist es, von der die protestantische Volkssitte das Daseyn der Ehe abhängig macht, ohne dafür in einem französischen Civilact, oder gar in der sogenannten Gewissensehe, dem gehaltlosen Product juristischer Sophistik, einen Ersatz zu finden. Es ist daher nicht genug zu beklagen, daß gerade der auf das Gebiet der gemischten Ehe verlegte Streit der kirchlichen Parteien der Durchführung der Trauung als einer für die Eingehung der Ehe wesentlichen Form große politische Hindernisse entgegensetzt, und daß selbst innerhalb der protestantischen Kirche sich über diesen Punct ein Conflict der geistlichen und weltlichen Macht vorzubereiten scheint. Diese letztere Gefahr möchte nun freilich, wenn die Staatsgewalt nur die rechte Mäßigung und Energie zeigt, nicht schwer zu beseitigen seyn; aber in Beziehung auf das zuerst genannte Hinderniß kann es allerdings nothwendig werden, daß die Gesetzgebung sich nach einer die Trauung formell ersetzenden Aushülfe umsehe. Es ist indessen mit Sicherheit anzunehmen, daß die Volkssitte die schöne Form, so weit es nur irgend möglich, treu bewahren wird, und sie hat dazu um so mehr Veranlassung, da sie das feierliche Verlöbniß gegen die formlose sponsatio hat zurücktreten lassen. Auch darin hat sich der Protestantismus dem deutschen Volkscharakter wieder angeschlos-

sen, daß er die Ehe aus dem Bann des Sacraments befreit hat, und statt der verzwickten Nichtigkeitsgründe und anderer Umwege des katholischen Kirchenrechts die Scheidung ehrlich anerkennt. Aber dieß gehört schon nicht mehr zu der privatrechtlichen Seite des Eherechts; darunter fällt vor Allem die gegenseitige Stellung der Ehegatten zu einander, mit besonderer Beziehung auf ihr beiderseitiges Vermögen. In dieser Hinsicht hat sich nun freilich eine bedeutende Abweichung von der älteren deutschen Rechtsanschauung geltend gemacht, seitdem die eheliche Voigtei des Mannes über die Frau entweder ganz beseitigt, oder doch sehr verändert worden ist; aber daß nichts desto weniger noch gegenwärtig in dem privatrechtlichen Theile des Eherechts ein wesentlich germanisches Element vorherrscht, und sich, wenn auch in sehr verschiedenen Formen, als eine selbständige Rechtsbildung darstellt, ergiebt auch eine oberflächliche Vergleichung der heutigen Zustände mit den Satzungen des römischen Rechts. — Ebenso verhält es sich mit der Stellung der Eltern und der ehelichen Kinder. Ich denke hierbei nicht bloß an die mittelbare Einwirkung, welche die eheliche Gütergemeinschaft und die damit in Verbindung stehenden Institute auch auf das Recht der Kinder ausüben, sondern namentlich auch an die gegenwärtige Gestaltung der väterlichen Gewalt. Es ist freilich nicht richtig, wenn man dieser eine selbständige mütterliche Gewalt gegenüber stellt, da das, was man damit bezeichnen will, mehr in der Sitte wurzelt, als sich zum bestimmten Rechtsbegriff ausgebildet hat. Auch will ich nicht behaupten, daß die Gewalt des deutschen Hausvaters über seine Kinder ihrem Umfange nach beschränkter gewesen sey, als es nach dem späteren römischen Rechte der Fall ist; denn wenn so etwas heut zu Tage zuweilen be-

gründet erscheint, so ist das mehr ein Abfall von der alten Zucht und dem ernsten Hausregiment, vor welchem verbildete Schwächlinge zurückschrecken, als ein Ausfluß ursprünglich deutscher Sitte und Art. Aber die Gewalt des Vaters ist bei uns nie dem egoistischen Princip der einseitigen Berechtigung unterworfen gewesen; es hat von jeher auch die entsprechende Verpflichtung, den Kindern gegenüber, in sich getragen, so daß das Recht nicht erst von einer außer ihm stehenden Sitte bestimmt zu werden brauchte. Davon ist die wichtige Folge geblieben, daß die väterliche Gewalt erlischt, wenn sie den Verhältnissen nicht mehr entspricht, das Kind des Schutzes und der Vertretung nicht mehr bedarf: also die Aufhebung durch die Ehe der Tochter, welche sich nun an den Mann anlehnt, und durch die Errichtung eines selbständigen Hauswesens von Seiten des Sohnes, so daß das peculium profectitium, castrense und quasi castrense fast gar keine practische Bedeutung bei uns haben. — Diesen Verhältnissen nahe verwandt ist die Vormundschaft, welche auch in ihrer gemeinrechtlichen Ausbildung wesentlich germanisirt, nur durch die Gesetzgebung oft zu sehr unter die Herrschaft bloß äußerlicher, übertrieben lästiger Garantien gestellt worden ist, und dadurch den ursprünglichen Charakter, welcher der des Familiensinns und des Vertrauens ist, verloren hat. Was diesem Institut äußerlich noch von unpassenden römischen Verbrämungen anhängt, z. B. der Unterschied zwischen tutela und cura minorum, ist durch das Volksleben thatsächlich schon lange beseitigt worden, indem sich nur der natürliche Abstand zwischen Kindern und Erwachsenen bei den verschiedenen Altersstufen des Mündels geltend macht. Oder wird noch die Person des Vormundes gewechselt, wenn die tutela beendigt ist? und hat

auch für den Juristen der Unterschied von auctoritas und consensus eine andere Bedeutung, als die einer rechtsgeschichtlichen Notiz? Dagegen hat sich, getrennt von der Vormundschaft, aber doch auf verschiedene Weise von ihr bestimmt, die Lehre von der Güterpflege, der cura bonorum, im modernen Rechtsleben entwickelt, ohne jedoch ihrem ganzen Detail nach schon zu einer vollständigen gemeinrechtlichen Durchbildung gelangt zu seyn.

Dem Familienrecht stehen nun auch theilweise diejenigen Rechtsverhältnisse nahe, welche man gewöhnlich unter dem Begriff der Dienstmiethe zusammen zu fassen pflegt, die aber dadurch einen eigenthümlichen Charakter bekommen, daß sie in einer bestimmten Beziehung zum Hauswesen sich befinden, und auf gewisse Weise ein Mittelglied zwischen der Familienverbindung und dem rein obligatorischen Vertragsverhältnisse bilden. Bei den Römern wurden, abgesehen von der Stellung der Haussöhne, die Geschäfte der Privatpersonen vorzugsweise durch Sklaven verrichtet; wo diese nicht ausreichten, da trat der Vertrag ergänzend hinzu, sey es in Folge eines Mandats, dem sich die negotiorum gestio anschloß, oder einer Dienstmiethe. Im Mittelalter waren es vorzugsweise die Hörigen in ihrer verschiedenen Abstufung, welche im Interesse ihrer Herren handelten, denn eigentliche Privatarbeiten wurden selten in die Form des Lehenrechts gebracht; in den Städten bildete sich aber das Handwerk und das Gesindewesen zu einer eigenthümlichen Gestaltung aus. Die moderne Zeit kennt in Deutschland und dem übrigen civilisirten Europa außerhalb der Familie nur freie Arbeit in Folge eines Vertrags: aber wie in manchen andern Fällen ist die Wirkung solcher Verträge keine rein obligatorische. Ich sehe hier ab von solchen

Dienstleistungen, welche von jemanden in Folge seiner öffentlichen Stellung gegen ein Honorar übernommen werden, wie die des Arztes, des Advocaten sind; auch wird hier überhaupt nicht an eine solche Arbeit gedacht, die entweder nur vereinzelt in Folge einer besonderen Verabredung geleistet wird, oder doch, wenn sie auch einen gewissen Charakter der Dauer an sich trägt, den Dienenden nicht in das Hauswesen des Brodherrn eintreten läßt. Wo dieß aber auch der Fall ist, kann nach der Art der Arbeit und dem Stand und der Bildung der Dienenden ein großer Unterschied bestehen. Die Wirthschaftsbeamten auf Landgütern und in Fabriken, die Handlungsgehülfen stehen, wenn die Jugend nicht eine gewisse Zucht nöthig macht, als freie Hausgenossen der Familie nahe, und haben sich der Hausordnung und was Recht und Sitte verlangt, zu unterwerfen, ohne in ihrer persönlichen Freiheit weiter beschränkt zu seyn, als ihr Dienstverhältniß es erfordert. Anders stellt sich die Sache schon bei den Handwerkern, wenigstens für die Lehrlinge; besonders hervorzuheben ist aber die Lage des Gesindes, d. h. solcher Personen, welche gegen Kost und Lohn gemeine Körperdienste leisten, für welche wenigstens regelmäßig keine besondere handwerksmäßige Geschicklichkeit erfordert wird. Das ist jedoch nicht das Eigenthümliche des Verhältnisses; dieses muß vielmehr darin gesucht werden, daß Personen niederen Standes sich dem Hauswesen eines Anderen beigesellen, um demselben in einer untergeordneten Stellung durch tägliche Dienstleistung zu nützen. Der Dienstbote, mag er nun im Hause oder außerhalb desselben verwandt werden (der Betrieb der Landwirthschaft ist hier nicht ausgeschlossen) tritt in eine dauernde Unterordnung zu seiner Herrschaft, und begiebt sich für die Dienstzeit eines we-

sentlichen Theils seiner Freiheit, indem er nicht bloß die contractlich übernommene Arbeit, sondern überhaupt den in dem Verhältniß begründeten Gehorsam zu leisten hat. Aber er ist nicht bloß der einseitig Verpflichtete, gegen Kost und Lohn und Herberge der Laune des Herrn überlassen; auch darf er, so lange er dem Hauswesen angehört, als Hausgenosse auf Sorge und Pflege Anspruch machen. Das Gesinderecht enthält nun die leitenden Grundsätze für dieß eigenthümlich gestaltete Rechtsverhältniß, welches nur aus einer unbefangenen Betrachtung des Lebens und der darin waltenden Sitte juristisch erfaßt werden kann. Noch andere Momente kommen aber in Betracht, wenn auf Landgütern Tagelöhnerfamilien ihre Heimath haben, und in der Sorge der Gutsherrschaft einen, wenn auch oft schwachen Ersatz des ihnen fehlenden Gemeindeverbandes finden.

Was vorher von dem Einfluß des Volksrechts auf das Familienrecht gesagt worden, das ist auch, insofern es sich auf das Verhältniß der Ehegatten und der Eltern und Kinder bezieht, bei der Darstellung des Erbrechts von Bedeutung. Denn das Recht der Gütergemeinschaft und das der statutarischen Erbgebühr beschränken in wesentlichen Puncten die gesetzliche Erbfolge des römischen Rechts, welche sonst bis auf einige, durch das Ständewesen begründete Modificationen, gemeines Landrecht geworden ist. Eine ganz moderne Rechtsbildung zeigt sich dagegen in dem Institut der Erbverträge, welche in ihrer heutigen Gestalt auch dem älteren deutschen Rechtswesen fremd waren, und vorzugsweise unter dem Einfluß des Juristenrechts entstanden sind, da das Volksrecht ihrer nur in einer sehr beschränkten Anwendung bedurfte. Auch die römische Testamentslehre hat manche gemeinrechtliche Mo-

dificationen erfahren, namentlich was die Form und die Vollstreckung der letztwilligen Verfügungen anlangt, und zwar ursprünglich durch die Einwirkung des Volksrechts, an dessen Stelle aber bald die Theorie der Juristen trat.

Im Sachenrecht ist, namentlich für das Recht der Immobilien, noch Manches aus der älteren deutschen Rechtsanschauung übrig geblieben, sowohl in Beziehung auf den eigentlichen Begriff der Gewere als auch rücksichtlich der Art ihrer Bestellung. Was das Erstere betrifft, so erinnere ich nur an die Nachbarverhältnisse der Grundbesitzer, an das Recht der Selbsthülfe gegen Beschädigung, namentlich durch fremdes Vieh, vermöge der Pfändung; in Beziehung aber auf die Erlangung einer Gewere oder, nach jetzigem Sprachgebrauch, eines dinglichen Rechts an Immobilien, ist vor Allem als ein wichtiges, dem alten Volksrecht entlehntes Institut die Auflassung in ihrer modernen Gestaltung hierher zu rechnen, indem sie das Recht des Grundbesitzes an den meisten Orten beherrscht, und namentlich, wie früher gezeigt worden, für die neueren, auf der sogenannten Publicität und Specialität gebauten Hypothekenordnungen den einzigen gemeinrechtlichen Anhalt gewährt. Dadurch ist denn auch ein Ersatz geboten für den, seit dem 17. Jahrhundert durch das zinsbare Darlehn fast ganz verdrängten deutschrechtlichen Rentenkauf, wenigstens insofern, als die bei dem letzteren Geschäft sofort mit der Constituirung der Rente gesetzte dingliche Sicherheit durch die in foro rei sitae bestellte öffentliche Hypothek wiedergegeben ist. Der andere Punct freilich, wo Rentenkauf und Darlehn sich scheiden, nämlich die größere Unabhängigkeit des Schuldners und folgeweise des Grundbesitzers, welche durch die Unkündbarkeit der Rente von Seiten des Kapitalisten herbeigeführt ward, ist

nicht zur Ausgleichung gekommen. Indessen ließe sich doch gegenwärtig, bei dem großen Geldüberfluß der langen Friedensjahre und dem solider begründeten Wohlstande der deutschen Grundbesitzer, eine entschiedene Tendenz erkennen, auch hinsichtlich der Unkündbarkeit das ältere Princip des deutschen Rechts wieder in Geltung zu bringen, und namentlich die ritterschaftlichen Creditvereine haben zum Theil in dieser Richtung operirt. In solchen Fällen, wo die Unkündbarkeit der Schuldscheine, welche auf den Grundbesitz radicirt sind, von dem Anleiher dem Gläubiger gegenüber stipulirt worden, und dieser sich, wenn er baares Geld haben will, durch Verkauf (Cession) helfen muß, tritt das Institut des früheren Volksrechts, wenn auch mit wesentlichen Modificationen, wieder practisch auf, und stellt sich als den eigentlich gemeinrechtlichen Kern des ganzen Rechtsverhältnisses dar. Doch ist dabei vorauszusetzen, daß dieses sich wirklich im Particularrechte die bestimmte Anerkennung seiner Eigenthümlichkeit erworben hat, und daß Alles nicht bloß auf der, auch nach der römischen Vertragslehre möglichen obligatorischen Beschränkung des Gläubigers beruht.

In dem so eben angeführten Beispiele, dem sich das so wichtige Recht der Staatspapiere nahe anschließt, zeigt es sich auch, daß das römische Obligationenrecht doch nicht so unbedingt bei uns zur Anwendung kommt, als es von den Romanisten angenommen zu werden pflegt. Dasselbe erhellt auch aus dem, was früher von der Dienstmiethe gesagt worden ist; aber noch in manchen anderen Beziehungen macht sich auf diesem Gebiete der Einfluß des Volksrechts geltend. Namentlich ist dieß der Fall bei Pachtungen von Landgütern mit Rücksicht auf das Inventar und die so gebräuchliche Pränu=

meration des Pachtgeldes; desgleichen bei der Pachtung von Nutzvieh und bei dem sogenannten Viehverstellvertrage. Einige Institute des Handelsrechts ferner haben einen ganz allgemeinen Charakter, und sind nicht bloß auf den Handelsstand beschränkt. Besonders hervorzuheben sind aber die sogenannten gewagten Geschäfte, in denen sich das Volksrecht oft noch rein darstellt, und deren Bedeutung man ganz und gar verkennt, wenn man sie unter den Gegensatz des römischen Rechts von Spiel und Wette bringen zu können glaubt. Schon für das Spiel im engeren Sinne, welches ja ganz auf der Volkssitte beruht, hat das heutige Recht eigenthümliche Grundsätze; ganz selbständig aber treten andere Geschäfte auf, welche von der größten Bedeutung sind, in alle Lebensverhältnisse tief eingreifen, und zum Theil, um mit Erfolg betrieben werden zu können, besondere Staatsanstalten oder doch das genossenschaftliche Zusammenwirken vieler Einzelnen voraussetzen. Dahin gehören die Assecuranzgeschäfte in ihren verschiedenen Erscheinungen, der Leibrentenvertrag, das Lotteriespiel — leider durch die Schuld der Regierungen fast zur Volkssitte geworden! u. a. m.

2. Das Criminalrecht.

Das gemeine deutsche Strafrecht stellt sich fast ganz als ein Juristenrecht dar, mit einer überwiegend romanistischen Färbung, so daß das Volksrecht nur einen sehr mittelbaren Einfluß darauf ausgeübt hat. Das zeigt sich sowohl in Beziehung auf die Begriffsbestimmung der Verbrechen, als auch auf die Art und das Maaß der Strafe. Was das Erstere betrifft, so wird man freilich sagen, daß, wenn die bürgerliche Gesell=

schaft einen gewissen Grad der Ausbildung erlangt hat, im Allgemeinen das, was für ein Verbrechen gelten soll, gleichmäßig bestimmt seyn wird, und daß die Juristen, welche in dieser Hinsicht keine wesentliche Lücke gelassen, ihre Aufgabe erfüllt haben, und zwar im Sinne der deutschen Rechtsbildung, welche für sie in der peinlichen Halsgerichtsordnung Karl V. vertreten war. So haben sie den deutschrechtlichen Begriff der Vergiftung, des Diebstahls u. s. w. sich angeeignet, und wenn sie auch in andern Fällen das römische Recht ohne Noth herangezogen, indem sie z. B. statt der Vergewaltigung das crimen vis aufstellten, so sey dieß ohne alle Bedeutung, da die strafbare Handlung als solche doch genügend bestimmt werde. Ich will dagegen nun nicht die volksthümliche Bedeutung des Strafrechts hervorheben, und das Juristenrecht von diesem Standpuncte aus einer Kritik unterziehen; denn hier handelt es sich bloß davon, das noch bestehende Volksrecht nachzuweisen, und dazu bietet sich, wie schon gesagt, gerade in diesem Rechtstheile nur selten die Veranlassung dar. Denn wenn die Carolina auch im Ganzen von dem römischen Rechte nur wenig aufgenommen hat, so ist sie doch in der Begriffsbestimmung der Verbrechen sehr fragmentarisch, hat auch ihre Vorschriften nicht immer gerade dem Volksrecht entlehnt, und Manches selbständig geordnet. Nur der Fall wäre hier noch einer besondern Erörterung zu unterziehen, wenn sich im Gegensatz zu der von den Juristen vertretenen Rechtsbildung eine bestimmte Rechtsanschauung im Volke erhalten hätte, und zwar mit einer solchen intensiven Kraft, daß sie sich als positives Recht darstellte, dem auch der Richter folgen müßte, wenn er überhaupt dem Volksrechte die ihm zukommende Bedeutung einräumen wollte. Ein sol-

cher Fall wird sich freilich gerade auf diesem Gebiete selten finden; denn meistens wird die Volksansicht nur mit einer solchen Bestimmtheit hervortreten, daß sie etwa die Veranlassung zu einer neuen Gesetzgebung geben, auf das bestehende Recht jedoch keinen unmittelbaren Einfluß ausüben kann. Indessen möchte das Letztere doch nicht unbedingt zu behaupten seyn. So ist z. B. der Begriff der Nothwehr weiter zu fassen, als es von den Juristen gewöhnlich geschieht, indem sie die im Volksrecht begründete Ansicht, daß die Vertheidigung von Leib, Gut und Ehre bis aufs Aeußerste gegen widerrechtliche Angriffe dadurch gerechtfertigt wird, ganz willkührlichen Beschränkungen unterworfen, und dem natürlichen Rechtsgefühle mit einer rein polizeilichen Betrachtungsweise entgegentreten, den Fall aber, daß jemand die Vertheidigung eines Andern, der sich im Nothstande befindet, übernimmt, fast gar nicht berücksichtigen. — Was ferner die Beschaffenheit und das Maaß der Strafen betrifft, so hat sich in dieser Beziehung gegen die Grausamkeit des Mittelalters eine Reaction geltend gemacht, welche von der Bildung der neueren Zeit hervorgerufen, auch in dem Juristenrecht ein Organ gefunden hat. Zu bedauern ist nur, daß man dabei kein Mittel gefunden hat, die so wirksamen Ehrenstrafen des älteren Rechts auf eine angemessene Weise zur Anwendung zu bringen, — ein Uebelstand, der aber auch darin seinen Grund haben mag, daß mit dem Verfall des öffentlichen Lebens in Deutschland die Ehre selbst und folgeweise die Aufhebung und Beschränkung derselben an Bedeutung verlieren mußte.

3. Der Proceß.

Hier ist es mit dem Volksrechte am Schlimmsten bestellt:

im Civil- und Criminalproceß sind die Juristen von der Nation abgefallen, und haben sich ihr eigenes System errichtet. Weder in der Verfassung noch in dem Verfahren der deutschen Gerichte, wie sie nach dem gemeinen Recht geordnet sind, vermag ich ein volksrechtliches Element zu erkennen.

4. Das Staatsrecht.

Der eigentliche Schwerpunct des heutigen deutschen Staatsrechts liegt in dem zur Verwirklichung gekommenen Staatsbegriff, dessen deutlichste Manifestation in der Souverainität enthalten ist. Denn wie der Souverain als der selbstberechtigte Träger einer einheitlichen Staatsgewalt erscheint, so ist dadurch auch ihm gegenüber ein Staatsbürgerthum entstanden, welches die einzelnen Classen der Unterthanen in wesentlichen Puncten gleichmäßig erfaßt; es ist, statt der einseitigen Vertretung gesonderter ständischer Interessen, eine Repräsentation des Volkes in seiner Gesammtheit in den Reichsständen nothwendig geworden, und im Gegensatz zu der landesherrlichen Dienerschaft der älteren Zeit hat sich das Institut der Staatsbeamten entwickelt, welche nicht mehr berufen sind, dem Lande gegenüber die besonderen fürstlichen Interessen zu wahren, sondern den im Gesetz ausgeprägten Staatswillen zur Ausübung zu bringen und als die Organe des Souverains in freier Thätigkeit für das gemeine Beste zu sorgen und zu wirken. Die Genossenschaften und Gemeinden und die weiteren Territorialbezirke stehen daher auch nicht mehr in abgeschlossener Haltung neben einander, nur durch das Regierhaus und den landständischen Verband zusammengehalten, sondern sie kommen als die organischen Glieder des Staatswesens in Betracht,

und vermitteln zugleich die Beziehungen der Einzelnen zu den nächsten Genossen und zur Gesammtheit, insofern diese sie nicht unmittelbar zu Recht und Pflicht heranzieht. In dieser Gestaltung des öffentlichen Rechts hat sich ein nothwendiger Entwicklungsproceß ausgeprägt, der auf der nationalen Erhebung aus dem Particularismus des späteren Mittelalters beruht, aber leider bis jetzt nur in den einzelnen Staaten und auch hier nicht vollkommen, in einer gemeinsamen Reichsverfassung aber gar nicht zur Durchbildung gekommen ist. Daher läßt sich auch mit Bestimmtheit behaupten: wenn das deutsche Staatsrecht oft künstlich, unzusammenhängend und verworren erscheint, so ist das regelmäßig die Folge der Hemmungen und Hindernisse, welche die Nation bei der Vollziehung jenes Bildungsprocesses gefunden und nicht hat überwinden können.

5. Das Kirchenrecht.

Wenn der religiöse Glaube eines Volkes wie Recht und Sitte und Sprache auf dem Boden seiner Nationalität erwachsen ist, und sich die allgemein menschliche Hingebung an die Gottheit in einer eigenthümlichen Form des Cultus ausgeprägt hat, so kann man sagen, daß eine nationale Religion besteht, welche, insoweit sie eine rechtliche Seite darbietet, dem Volksrechte angehört. So müssen wir uns den Naturcultus des germanischen Heidenthums denken. Anders aber stellte sich die Sache, als das Christenthum eingeführt ward, und um seiner ewigen Wahrheit willen, ohne Rücksicht auf die besondere Nationalität, welche erst allmälig von demselben durchdrungen werden mußte, zur Herrschaft gelangte. Die christ-

liche Kirche hat, insofern sie auf ein unwandelbares Dogma errichtet ist, keinen Platz für das besondere Volksrecht. Aber so wie, abgesehen von gewissen Fundamentallehren, das Christenthum in den verschiedenen Zeiten verschieden ist aufgefaßt und verstanden worden, ja selbst nach der Individualität der einzelnen Bekenner von den Zeitgenossen nicht auf die gleiche Weise begriffen wird; so hat auch die Nationalität allmälig einen gewissen Einfluß auf dasselbe gewonnen, welcher in seiner Richtung nach außen hin dem Kirchenrecht eine gewisse nationale Färbung gegeben hat. Konnte der Katholicismus nur im Mittelpunct der romanischen Welt zu seiner mittelaltrigen Gestaltung sich entwickeln, so tritt wiederum die Reformation als die Reaction des germanischen Geistes gegen jene, seinem innersten Wesen widerstrebende Erscheinung auf. Ja innerhalb des katholischen Kirchenrechts selbst zeigen sich gewisse nach den Nationen verschiedene Eigenthümlichkeiten, welche man als Nationalkirchen bezeichnet, so daß es auch nicht auffallen kann, wenn in der evangelischen Kirche sich verschiedene Formen der Verfassung ausgebildet haben, und das Regiment derselben an verschiedenen Stellen gesucht werden muß. Daß in dieser Hinsicht das Volksrecht seine besondere Bedeutung hat, ist gar nicht zu verkennen, und erklärt sich leicht, wenn man das in der evangelischen Kirche herrschende Princip der Freiheit bedenkt, und sich das Zeitalter der Reformation in seiner tiefen, für Deutschland durchaus nationalen Aufregung vergegenwärtigt. Es kommt dabei namentlich darauf an, die selbständige Bedeutung der Gemeinde im Gegensatz zu der streng durchgeführten Consistorialverfassung gehörig zu würdigen, — ein Gesichtspunct, der neulich von einem hochgestellten Geistlichen so treffend bezeichnet worden ist, daß ich es

mir nicht versagen kann, die Worte des würdigen Mannes hier anzuführen *).

„Mit dem weltlichen Regimente in der Kirche, oder der hier zu Lande (in der Mark) herrschenden, sogenannten Regierungs-Consistorial-Verfassung, konnte ich mich nicht befreunden. Ich kannte in vieljähriger früherer Erfahrung und Praxis die bessere, die Presbyterial-Synodal-Verfassung, wie sie von der Reformation an in der evangelischen Kirche in meinem Vaterlande, in der Grafschaft Mark, Cleve, Jülich und Berg, im Segen bestanden hat und bestehet. In dieser liegt das Kirchen-Regiment in der Kirche selbst, in den Gemeinden und ihrer unmittelbaren thätigen Theilnahme an allen ihren Angelegenheiten. In jener befinden sich die Gemeinden im Zustande der Passivität, da Alles was geschehen soll, von der Behörde vorgeschrieben und befohlen wird. Wenn jene ein lebendiges Interesse weckt und nährt, so erzeugt diese nothwendig Indifferentismus; denn wo nichts Gemeinschaftliches in der Fürsorge und Pflege ist, da kann auch keine Gemeinschaft in der Sache sein. Was sich uns nicht mittheilt und unsere Theilnahme nicht in Anspruch nimmt, daran nehmen wir kein Interesse, haben kein's und können kein's haben. Wenn jene, in freier selbstgehaltener Wahl der Prediger und Schullehrer, die Gemeinden, ihre Aeltesten, Diakonen (Armenvorsteher) und alle Familienväter elektrisirt und in Thätigkeit setzt, so daß sie in dem Gewählten den für sie passenden, ansprechenden Mann ihrer Wahlverwandtschaft ehren, lieben, hegen und pflegen,

*) S. R. Fr. Eylert, Charakter-Züge und historische Fragmente aus dem Leben des Königs v. Preußen Friedrich Wilhelm III. Th. I. S. 153 ff.

und der Tag, an welchem er sein Amt antritt, ein Volksfest ist: so giebt und schickt diese den Gemeinden einen unbekannten Fremden, an dem eben in der Beförderungsliste nun gerade die Reihe zur Anstellung war, er mag der individuell rechte Mann sein oder nicht. Wenn jene, durch das Hineinziehen in das gemeinschaftliche Interesse der Gemeinde, in jedem Mitgliede das Gefühl und Bewußtsein der Gemeinschaft und des innigen, fest verknüpften Zusammenhangs erhält und immer auffrischt, und eben dadurch von Innen heraus der kirchliche Geist wächst, blüht und Früchte trägt, so isolirt diese, hält Alles aus einander und degradirt die Kirche zu einer polizeilichen Anstalt der Regierung. Gehoben, gestärkt, begeistert durch jene, durchkältete mich diese. Die oft knechtische Verehrung, die der sein Departement bereisende, visitirende Consistorialrath findet, konnte mich nicht blenden und entschädigen, und da ich sonst zu Hamm, als Presbyter im Presbyterium, als Mitglied der Kreis- und Provinzial-Synode, an den freisinnigen, offenen, frommen und redlich-ernsten kirchlichen Berathungen frohen Antheil genommen, so konnte, ich gestehe es freimüthig, mir nicht gefallen der grüne Regierungstisch, an welchem geistliche und weltliche Räthe, diese in der Mehrzahl, die Angelegenheiten der Kirche dictatorisch, oft in gegenseitiger collegialischer Connivenz, oft in persönlicher Opposition, leiteten und entschieden. An dem Urbilde der christlichen Kirche und ihrer ersten apostolischen Verfassung mit Liebe und Sehnsucht hangend, wollte und konnte ich nicht in Sympathie kommen mit diesem büreaukratischen Mechanismus, und ich bin gewiß, daß wenn der Herr der Kirche kommen, sie visitiren und seine Tenne fegen sollte, er, wie einst im Tem-

pel zu Jerusalem, so auch hier, die Tische umstürzen und die Krämer auseinander treiben würde."

Schon aus dieser kurzen Darstellung ergiebt sich die unmittelbar practische Bedeutung des Volksrechts für das gemeine Landrecht, welche um so höher anzuschlagen ist, wenn man die so ganz ungünstigen Verhältnisse bedenkt, unter denen die volksthümliche Rechtsbildung in Deutschland zu leiden hatte. Noch bestimmter aber wird sich das Volksrecht in seinem ganzen Werthe zeigen, wenn dasselbe im Einzelnen an einem Institute nachgewiesen werden kann, welches fast nach allen Seiten hin seine Zweige ausdehnt, und für das ganze Volks- und Rechtsleben der Gegenwart von der allergrößten Wichtigkeit ist, — einem Institute, welches so recht im deutschen Nationalcharakter seine Wurzel hat, und eben deswegen von dem römischen Recht und den Romanisten auf alle Weise beengt, gehemmt und unterdrückt, doch stets bei den traurigsten Zuständen des Vaterlandes sein Leben fristete, in neuester Zeit aber, da sich in der Nation der Anfang einer freieren Erhebung zeigt, sofort seine volle Kraft wieder entwickelt, und auf die großartigste Weise in das öffentliche und Privatleben eingreift. Das ist die Association, oder wie ich es mit einem guten deutschen Worte nenne, die Genossenschaft, deren rechtliche Natur und Bedeutung hier in kurzen Zügen dem juristischen Bewußtseyn der Gegenwart näher gebracht werden soll, indem versucht wird, dem ihn einwohnenden Princip, welches schon in den mannichfaltigsten Gestaltungen sich offenbart hat, auch den wissenschaftlichen Begriff abzugewinnen.

Sechstes Kapitel.

Fortsetzung. — Das Recht der Genossenschaft.

I. Geschichtliche Einleitung.

Der Geselligkeitstrieb ist dem Menschen eingeboren; die Familie und der Staat beruhen darauf, ohne ihn läßt sich keine dauernde Vereinigung zu gemeinsamen Zwecken denken. Aber die Wirksamkeit dieses Triebes ist selbst bei den edleren Völkern verschieden, indem er bald in wenigen festen Bildungen, welche den ganzen Menschen in Anspruch nehmen, sich abschließt, bald eine große Mannichfaltigkeit äußerer Erscheinungen hervorruft, in denen die besonderen Bedürfnisse und Zwecke der Einzelnen auf die Dauer ihre Befriedigung finden. Zwar setzt die höchste Entfaltung der Menschheit im Staate stets voraus, daß schon ein gewisser Bildungsproceß vorhergegangen, während dessen sich die Völker in niedrigeren Formen zum Höheren vorbereiten, und so kann auch dem antiken Staat die ihm entsprechende Erscheinung des Mittelalters nicht verglichen werden, da dieses die Entwicklung des modernen Staates erst vorbereiten mußte, wie auch die Völker der alten Welt eine solche Vorschule durchlaufen haben. Aber stellen wir auch nur das Gleichartige zusammen: eine wie ganz andere war doch, verglichen mit dem politischen Leben unserer Tage, die Anziehungskraft, welche der antike Staat in seiner Blüthe ausübte, vor dem das eigentliche Familienleben und die niederen Stufen des Gemeinwesens fast ganz verschwanden, mit dem keine Persönlichkeit selbstberechtigt in Widerspruch gerathen

durfte. — Forschen wir nun dem tieferen Zusammenhange dieser Erscheinung nach, so stellt sich der wesentliche Unterschied heraus, daß der antike Staat von einer verhältnißmäßig geringen Zahl freier Bürger getragen ward, während es die Aufgabe der modernen, durch das Christenthum geläuterten Zeit ist, die Idee des Vaterlandes und der Freiheit in einer zahlreichen, im Wesentlichen gleich berechtigten Bevölkerung zur Geltung zu bringen. Wie aber nun einmal die Natur des Menschen ist, so läßt sich die Menge von dem Höchsten und Allgemeinsten nicht fortwährend beherrschen, sie will das, woran ihr Leben in Freude und Leid gebunden ist, in unmittelbarer Nähe erfassen; auch ist bei den heutigen, selbst räumlichen Verhältnissen der Staaten, die Theilnahme Aller an der Ausübung der höchsten Gewalt undenkbar, und doch ist es die unmittelbare Ausübung eines Rechts, die Macht, wonach Alle streben. Die Vorsehung hat daher wunderbar für die Menschheit gesorgt, als sie, nachdem das Alterthum in der grauenvollen Oede des römischen Principats untergegangen war, die Germanen zur Begründung eines neuen Lebens in der Weltgeschichte auftreten ließ, ausgerüstet nicht nur mit der nöthigen Naturkraft, um körperlich und geistig eine umfassende Regeneration zu bewirken, sondern auch mit dem tiefen Familiensinn und mit jenem Associationsgeiste, welcher, der höchsten Entwicklung zum Staate fähig, sich doch auch in den niedern Sphären des Lebens, in der Gemeinde und der Genossenschaft, mit einer beschränkteren Wirksamkeit genügen ließ, so wie neben der Liebe zum großen Vaterlande auch die zur trauten Heimath sich erhalten konnte. Das germanische Mittelalter bewegte sich daher vorzugsweise in jenen engeren Kreisen, und auch die deutsche Geschichte bietet noch zur Zeit, als die Na-

tion schon politisch in Verfall gerathen war, in dem corporativen Leben ein Bild der Fülle und Tüchtigkeit dar. Aber vor der seit dem 17. Jahrhundert einseitig erweiterten Fürstengewalt trat auch die Selbständigkeit und freie Bewegung der Corporationen zurück, welche keinen nationalen Anhalt fanden, an dem sie sich hätten erheben können; es ward auf ihre Kosten eine einheitliche Staatsgewalt begründet, welche sich in der unmittelbaren Herrschaft auch über das Einzelne und Kleine gefiel, und den Deutschen blieb von ihrer ursprünglichen Ausrüstung fast nur der Familiensinn übrig. So erlosch auch der Associationsgeist in seiner bildenden Kraft fast ganz, da ihm seine erste Bedingung, die Freiheit, versagt war, und allein England zeigte noch, was er zu wirken vermöge. — In neuerer Zeit aber hat sich Manches gebessert: hat es die Nation auch noch nicht erreicht, in den höheren Beziehungen des Staatslebens zu einem befriedigten Daseyn zu gelangen, so ist doch an dem festen Unterbau der politischen Freiheit mit Erfolg gearbeitet worden; die Gemeinden namentlich haben eine würdigere Stellung erhalten, und auch der Associationsgeist regt sich wieder mit frischer Kraft, und vereint die Einzelnen zur gemeinsamen Bestrebung. Daher ist aber die juristische Beurtheilung der Genossenschaften auch vorzugsweise dem Rechtsleben der Gegenwart zu entnehmen, indem die historische Deduction an die Zeit anzuknüpfen hat, in welcher jener Geist noch in ungeschwächter Wirksamkeit unter den Deutschen thätig war. Das 17. und 18. Jahrhundert, in denen gerade das heutige Juristenrecht ausgebildet worden, gewähren in dieser Hinsicht fast gar keine Ausbeute, und nur bei der Betrachtung einzelner Institute ist auf sie Rücksicht zu nehmen.

II. Begriff und Arten der Genossenschaften.

Es ist hier zuerst der Gattungsbegriff festzuhalten, unter den auch die Genossenschaft fällt, und das ist der der Corporation. Die Corporation aber ist die Vereinigung mehrer Personen, zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke auf die Dauer errichtet. Schon durch diese beabsichtigte Dauer des Zusammenwirkens unterscheidet sie sich von der bloßen Gemeinschaft (communio), sey diese nun zufällig oder durch Vertrag entstanden, und erhält dadurch einen gewissen organischen Charakter, der sie befähigt, nachhaltig in das ganze Staats- und Rechtsleben einzugreifen. Außerdem ist aber noch ein wesentliches Merkmal der Corporation, daß dabei nicht die einzelnen Mitglieder als solche ausschließlich oder nur vorzugsweise in Betracht kommen, sondern daß eben durch die Vereinigung ein selbständiges Rechtssubject hervorgerufen wird, welches, wenn auch durch die einzelnen Mitglieder in ihrem allmäligen Wechsel getragen, doch in sich selbst seine Bestimmung hat, und durch seinen Zweck, seine Verfassung und den verfassungsmäßigen Beschluß der Gesammtheit oder ihrer Vertreter unabhängig von dem Willen der Einzelnen da steht. In dieser Hinsicht liegt der Corporation der weitere Begriff der juristischen Person unter, von der sie eine besondere Art bildet; sie unterscheidet sich aber von der Stiftung und ähnlichen Instituten dadurch, daß eben eine Mehrheit von Personen ihr Substrat bildet, und von dem Collegium, wenigstens nach der gewöhnlichen Bedeutung eines solchen, durch den selbständigen Zweck, welchen sie verfolgt, während jenes nur die als Einheit sich darstellende Vereinigung mehrer coordinirten Beamten ist.

Die Corporation theilt sich aber wieder in zwei Arten;

sie ist entweder eine Gemeinde oder eine Genossenschaft. Die erstere ist an einen bestimmten geographischen Bezirk gebunden, und erfaßt, wenn auch auf verschiedene Weise, alle Bewohner desselben, so daß eine Ausnahme davon besonders begründet seyn muß, und diejenigen, welche nicht im Gemeindeverband stehen, als Eximirte oder als Fremde zu betrachten sind; sie hat ferner eine unmittelbare politische Bedeutung, und schließt sich als ein vermittelndes Glied zwischen den Einzelnen und der Gesammtheit, dem Staatsorganismus als integrirender Theil an. Die Genossenschaft dagegen ist nicht nothwendig und nicht einmal gewöhnlich auf einen bestimmten Bezirk beschränkt, und hat keine so gleichmäßig wirkenden Zwecke wie die Gemeinde; sie zieht daher nicht alle Bewohner in ihre Rechtssphäre, sondern nur solche, welche aus besonderen Gründen ihr angehören. Auch bildet sie, so groß auch im Allgemeinen ihre politische Bedeutung seyn kann, für gewöhnlich doch keinen Theil der Staatsverfassung, und wenn in einzelnen Fällen eine solche Beziehung besteht, eine Stadtverfassung z. B. auf Zünften beruht, oder die Provinzialritterschaft in einer Landesverfassung eine bestimmte Stellung einnimmt, so ist das nicht die Folge des genossenschaftlichen Princips, sondern einer Verschmelzung desselben mit andern Institutionen. Es kann freilich unter Umständen wohl gar ein Zweifel bestehen, ob man eine Corporation als Genossenschaft oder als Gemeinde aufzufassen hat, z. B. bei dem Deichverbande und der sogenannten Markengenossenschaft, welche oft die Grundlage eines wahren Gemeindewesens sind, aber doch, wenn sie auch einen ganzen Bezirk gleichmäßig erfassen, ihrer ursprünglichen Bestimmung nach nur die Erreichung eines einzelnen Zweckes zum Ziele hatten. Indessen ist auch zu er=

wägen, daß überhaupt die Rechtsinstitute in ihrer freien Entfaltung nicht immer so von einander getrennt bleiben, daß sie nach bestimmten juristischen Begriffen genau zu classificiren sind, und daß namentlich in Zeiten, welche noch keine scharf ausgeprägte Staatsgewalt kennen, das rein politische und das privatrechtliche Element der Rechtsbildung vielfach in einander überzugreifen pflegen. Es kommt dann vor Allem darauf an, das Gemeinsame in dem höheren Institute, welches hier die Corporation ist, darzustellen, und dem Besonderen, der Genossenschaft, wiederum eine selbständige Betrachtung zu widmen.

In Beziehung auf diese Verhältnisse besteht nun aber eine große Verschiedenheit zwischen dem römischen und deutschen Rechte. Jenes kennt für die Vereinigung der Menschen zu bestimmten Zwecken, abgesehen von der übrigens durchweg als communio behandelten Ehe, nur zwei, einander schroff gegenüberstehende Formen: die universitas und die communio, welche, wenn sie durch Vertrag eingegangen ist, societas heißt. Erstere tritt als die reine Durchführung des Begriffs der juristischen Person auf: die einzelnen Mitglieder kommen nur in ihrer Beziehung zur Gesammtheit in Betracht, und diese ist in den Angelegenheiten der Corporation ausschließlich berechtigt und verpflichtet. Die Bedeutung einer solchen universitas aber war, wie leicht zu erachten, in dem römisch-byzantinischen Reiche nicht erheblich; nur die Stadtgemeinden nehmen wenigstens ein juristisches Interesse in Anspruch; die Genossenschaften dagegen kommen, abgesehen von einigen ärmlichen, polizeilich beschränkten Erscheinungen, fast gar nicht vor: es fehlte dazu der Associationsgeist und die Freiheit der Bewegung. — Im Gegensatz zur universitas beruht nun die communio durchaus auf dem Willen der Einzelnen: nur diese

sind pro rata berechtigt und verpflichtet, und selbst eine solidarische Verhaftung muß erst durch andere Mittel, z. B. durch ein Mandat begründet werden. Die Gemeinschaft als solche hat keine selbständige Persönlichkeit, sie hängt in ihrer Existenz davon ab, ob die Einzelnen ihre Mitglieder bleiben oder bleiben wollen: der Tod oder der freiwillige Rücktritt eines Einzigen hebt die ganze Vereinigung auf; an einen Uebergang auf die Erben ist nicht zu denken; selbst vertragsmäßige Verabredungen über die Dauer können nur auf bestimmte Zeit, höchstens bis auf den Tod eines Gesellschafters geschlossen werden. — Zwischen diesen Extremen kennt das römische Recht keine Vermittlung; es gestattet stets die Frage: liegt im Fall einer solchen Vereinigung eine universitas oder eine communio vor?

Ganz anders aber verhält sich die Sache nach deutschem Rechte. Selbst in der Gemeinde finden sich hier Modificationen des strengen Begriffs der juristischen Person, indem namentlich in Beziehung auf gewisse Gemeindegüter Sonderrechte der einzelnen Mitglieder vorkommen, für welche das römische Recht keine entsprechenden Begriffe hat. Noch mehr aber haben solche Abweichungen bei der deutschen Genossenschaft statt, indem hier unter den mannichfaltigsten Combinationen das Recht der Gesammtheit mit dem der einzelnen Mitglieder durchwachsen ist, und namentlich in Beziehung auf das Vermögen eine Verbindung der universitas mit der communio vorliegt. Daraus sind denn ganz selbständige Institute hervorgegangen, deren rechtliche Beurtheilung nur dann möglich wird, wenn man dem allgemeinen Princip, welches hier gewaltet hat, nachgeht, und zugleich jede besondere Erscheinung in ihrer Eigenthümlichkeit auffaßt. Man kann

dieß in der juristischen Terminologie so ausdrücken, daß bei jeder Art der Genossenschaft zu untersuchen ist, in wieweit der Begriff der universitas von dem der communio modificirt wird; nur versteht es sich von selbst, daß beide nicht in bloß äußerlicher Verbindung neben einander gedacht werden dürfen, sondern daß sie sich eben zu einem organischen Gefüge zusammengethan haben, welches gerade das Wesen des Instituts ausmacht *), aber in seinen verschiedenen Erscheinungen wieder verschieden gestaltet seyn kann, je nachdem der besondere Zweck der Vereine und ihre eigenthümlichen Verfassungen es mit sich bringen. Im Folgenden sollen nun zuvörderst die wichtigsten Arten der Genossenschaften, wie sie im heutigen Rechtsleben vorkommen, kurz angegeben werden.

1. Genossenschaften von unmittelbar politischer Bedeutung. Dahin kann man auf gewisse Weise den deutschen Bund rechnen; desgleichen den deutschen Zollverein, wenn er nicht mehr auf Kündigung stände. Außerdem sind die einzelnen regierenden Häuser zu nennen, sowohl in ihrer Gesammtheit als auch in den selbständigen Linien; die Corporationen der landsässigen Ritterschaft, insofern sie bestimmte politische Rechte ausüben; die Universitäten und geistlichen Stifter unter derselben Voraussetzung; die Zünfte und Gilden, wenn auf ihnen noch die städtische Verfassung beruht.

2. Genossenschaften der Grundbesitzer eines bestimmten Bezirkes. Hier kommen die Ueberreste der

*) So hat z. B. Mittermaier (Grundsätze des deutschen Privatrechts [6. Aufl.] I. §. 251.) richtig erkannt, daß die Gewerkschaft im Bergrecht weder eine reine universitas noch eine societas ist; aber er läßt beide Begriffe nur neben einander bestehen, ohne zu zeigen, wie sie zu einer neuen, selbständigen Rechtsbildung zusammengeflossen sind.

alten Markengenossenschaften in Betracht; ferner die Deich- und Siehlverbände. — Für landwirthschaftliche Zwecke, namentlich in Beziehung auf die Berieselung und den Wiesenbau, hat sich in Deutschland der Associationsgeist noch nicht so thätig erwiesen, als zu wünschen wäre. Dagegen finden sich in den wasserarmen Städten häufig Genossenschaften für die Herbeischaffung des nöthigen Wasservorraths durch die entsprechenden Anstalten.

3. Kirchliche Genossenschaften. Das Kirchspiel hat überwiegend den Charakter der Gemeinde, wenn es auch nicht immer mit der rein politischen Commune zusammen fällt; auch diejenigen Genossenschaften, welche sich zu besonderen religiösen Zwecken innerhalb oder neben der Kirche gebildet haben, kommen erst unten (Nr. 7.) in Betracht. Hier sind also nur solche kirchliche Vereine zu nennen, welche in selbständiger Haltung und nicht mit andern Einrichtungen, z. B. einer Universität, einer Garnison verbunden, außerhalb der allgemeinen Landes-Kirchenverfassung errichtet worden sind. Die tolerirten Secten pflegen sich so zu constituiren.

4. Genossenschaften für Handel und Gewerbe (Fabrikation und Handwerke). In dieser Beziehung sind zwei Arten zu unterscheiden: die Verbindung der Betheiligten zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen bei getrennter Arbeit, worauf die alten Innungen beruhen, und zur Förderung gemeinschaftlicher Unternehmungen mit gemeinsamen Kräften, um daraus directen Gewinn zu ziehen. Dahin gehören die großen industriellen und commerciellen Unternehmungen, welche regelmäßig als Actiengesellschaften auftreten; die Assecuranzcompagnien, welche dritte Personen gegen Gefahr versichern; die Gewerkschaften beim Bergbau, die Pfännerschaften bei den

Salinen; die Schiffsrhedereien, welche freilich, wenn sie sich nur auf ein einzelnes Schiff beziehen, verhältnißmäßig von kurzer Dauer, und ohne die rechte corporative Haltung sind. Die offene Handelsgesellschaft und die Commandite dagegen stellen sich mehr als eine durch das genossenschaftliche Princip modificirte Form des Gesellschaftsvertrags heraus; nur nach außen hin treten sie formell in der gemeinschaftlichen Firma und Geschäftsführung als ein Ganzes auf, und sind auch rücksichtlich des Erlöschens nicht an die strengen Grundsätze der römischen societas gebunden.

5. Genossenschaften zur Beförderung der Communicationsmittel. Das Unterscheidende ist hier, daß die Erlangung eines unmittelbaren Gewinns nicht der Hauptzweck bei der Errichtung solcher Vereine ist, sondern ein allgemeineres öffentliches Interesse sie hervorruft. Das pflegt namentlich bei den Eisenbahnbauten der Fall zu seyn, welche von Actiengesellschaften ausgehen.

6. Genossenschaften gegen eine gemeinschaftliche Gefahr. Sie beruhen auf dem Princip der gegenseitigen Versicherung, und sollen nur von dem Einzelnen einen zu befürchtenden Schaden abwenden, aber keinen Gewinn abwerfen. Die Seeassecuranz wird wohl selten so bewirkt, desto häufiger aber die Versicherung gegen Feuer- und Hagelschaden; auch manche Lebensversicherungsgesellschaften, Todtenbeliebungen, Versorgungsanstalten für Wittwen und Waisen gehören hierher; desgleichen die so wichtigen ritterschaftlichen Creditvereine, insofern sie den Genossen eine Garantie gegen das Sinken des Realcredits gewähren sollen, wenn schon bei der Stiftung wohl meistens die Absicht, den schon gesunkenen Credit zu heben, vorherrschend gewesen ist.

7. Genossenschaften für religiöse, sittliche, wissenschaftliche, künstlerische, ökonomische und gesellige Zwecke. Solcher Vereine ist gerade in der neuesten Zeit wieder eine große Zahl entstanden, welche zuweilen freilich bei ihrem kurzen Bestande und der Unvollständigkeit ihrer Organisation noch keine rechte juristische Haltung in sich tragen, oft aber schon zu einer festen Begründung gelangt sind. Zu den religiösen Genossenschaften sind die noch erhaltenen oder wieder belebten Vereine zu rechnen, an denen der Katholicismus des Mittelalters so reich war; ferner die neu entstandenen Bibel- und Missionsgesellschaften. Sittliche Zwecke werden vorzugsweise durch die Vereine für Armen- und Krankenpflege, für Unterricht und Erziehung verwahrloster Kinder, für Besserung entlassener Sträflinge, durch Mäßigkeitsvereine u. s. w. angestrebt; wissenschaftliche Zwecke durch die überall verbreiteten Vereine der Naturforscher, Aerzte, Historiker, Philologen; künstlerische Zwecke finden in den Kunst- und Musikvereinen, den Liedertafeln ihre Befriedigung; ökonomische in den Vereinen der Landwirthe und Industriellen, gesellige Bedürfnisse, wie Spiel, Conversation, Lectüre, in den Klubbs, deren fast keine Stadt mehr entbehren kann. Eine eigenthümliche Stellung nehmen noch die Freimaurerlogen ein.

8. Die Genossenschaften in der Familie. Die Familie des hohen Adels bildet an sich schon eine Genossenschaft; der niedere Adel hat es nur durch besondere Veranstaltungen (gesammte Hand im Lehenrecht, Ganerbschaften) zu entsprechenden Instituten bringen können, welche aber gegenwärtig ihre eigentliche Bedeutung verloren haben, und fast ganz durch das Familienfideicommiß absorbirt sind. Von ganz

allgemeinem Einfluß dagegen, obgleich durchaus eigenthümlicher Art und gegenwärtig vielfach beschränkt und gebrochen, ist die eheliche Genossenschaft des germanischen Rechts. Doch kommt hier das genossenschaftliche Princip nur beschränkt zur Anwendung; denn die Dauer der Vereinigung ist eine beschränkte, da sie nur auf zwei bestimmte Personen geht, und die Fortführung über den Tod des einen Ehegatten hinaus, zwischen dem überlebenden und den Kindern, an sich schon zufällig und in der Wirkung beschränkt, nur mittelbar mit ihr zusammenhängt; auch bringt es die Verbindung der Ehegatten, so innig sie ist, zu keiner selbständigen Persönlichkeit der Ehe, welche als solche weder berechtigt noch verpflichtet wird. Die deutsche eheliche Genossenschaft ist daher eher eine Rechtsgemeinschaft zu nennen, aber eine solche, welche nicht von dem strengen Princip der römischen communio beherrscht wird.

III. Entstehung der Genossenschaften.

Die Genossenschaft kann auf eine zwiefache Weise entstehen: entweder auf dem Wege der historischen Entwicklung oder durch einen bestimmten Act der Constituirung. Im ersten Fall führt das Bedürfniß und der im Associationsgeiste begründete Trieb allmälig zur genossenschaftlichen Vereinigung, indem die Verbindung der Einzelnen nach und nach so innig mit dem gemeinsamen Zweck sich identificirt, daß die Gemeinschaft selbst als eine selbständige Persönlichkeit hervortritt, und sich gleichmäßig in ihr eine Verfassung entwickelt, welche der freien Bewegung im Innern und nach außen die gehörige Form und Haltung gewährt. So sehen wir im Mittelalter die Markengenossenschaften, die Eides- und Fehdebündnisse freier Geschlechter, die Innungen der Stadtbürger, die ritterschaftlichen

Corporationen, die Familien des hohen Adels u. s. w. in langsamer Entwicklung, oft unter Kampf und Noth, sich zur genossenschaftlichen Verbindung gestalten, und in festen Formen sich abschließend endlich eine bestimmte corporative Stellung gewinnen. Es läßt sich dieser Entwicklungsproceß mit der allmäligen, zum Theil unbewußten Entfaltung des Gemeinde- und Staatswesens vergleichen, und gerade die Genossenschaft war es, welche im Mittelalter nicht wenig von dem an sich zog, was jetzt dem Staate und dessen allgemeiner Organisation gebührt. Jene Vereine gewannen, indem sie zum Daseyn gelangten, einen beträchtlichen Antheil an der öffentlichen Gewalt, welche noch nicht in einer geordneten Staatsverfassung ihre volle Ausbildung erlangt hatte; oder sie setzten sich mit den herrschenden Mächten in ein bestimmtes Verhältniß, indem sie bald durch Kampf auf ihre Kosten sich stärkten, bald durch Unterwerfung Anerkennung und Schutz so wie Freiheiten und Rechte mancher Art sich zu verschaffen wußten. — Anders als durch eine solche allmälige Entwicklung sind manche Genossenschaften sofort durch einen bestimmten juristischen Act constituirt worden, indem Einzelne zu einem gemeinsamen Zweck, wie weit oder eng dieser nun war, sich auf die Dauer vereinigten, und durch die ganze Anlage ihrer Verbindung und durch die Verfassung, welche sie sich gaben, es gleichfalls zur Corporation brachten, welche denn, je nach den Umständen, ganz unabhängig da stand, insofern die Genossen sich innerhalb ihrer Rechtssphäre hielten, und kräftig genug waren, diese selbständig zu schirmen, oder der Anerkennung und dem Schutz der Oberen unterworfen ward, wie es eben nothwendig oder räthlich erschien. Auf diese Weise sehen wir Städtebündnisse, landschaftliche Corporationen, Erbverbrüderun-

gen, Ganerbschaften, religiöse Vereine, geistliche Ritterorden u. s. w. entstehen. Doch soll damit nicht gesagt seyn, daß stets die eine Art der Genossenschaften so, die andere anders begründet worden: die reiche Mannichfaltigkeit des mittelaltrigen Rechtslebens hat sich auch dabei auf die verschiedenste Weise geltend gemacht.

Fragen wir nun, ob denn auch gegenwärtig, im modernen Staate die Genossenschaft noch auf jene zwiefache Art hervorgerufen werde, so soll nicht durchaus in Abrede gestellt werden, daß es nicht auf dem Wege der allmäligen Entwicklung auch jetzt noch geschehen könne; es ist sogar anzunehmen, daß die eine oder die andere der vielen vorhandenen Genossenschaften in der angegebenen Weise auch in neuerer Zeit zum Bewußtseyn ihrer Existenz, zur organischen Gestaltung und zur allgemeinen Anerkennung gekommen ist. Aber gegenwärtig, wo überhaupt die bewußte That statt der stillen Naturbildung einzugreifen pflegt, wenn überhaupt tüchtige Kräfte vorhanden sind und sich frei bewegen können, — gegenwärtig wird doch regelmäßig eine neue Genossenschaft durch einen bestimmten juristischen Act constituirt werden, indem die Einzelnen, welche den Verein gründen wollen, nachdem sie über den Zweck und die Organisation desselben einig geworden sind, die Erklärung abgeben, daß die Genossenschaft, der jetzt auch ein bestimmter Name beigelegt zu werden pflegt, als solche bestehen soll, und daß sie, die Gründer, sich nun als Mitglieder derselben ansehen. Insofern diese Willenserklärung durch die Uebereinstimmung der Einzelnen erst möglich wird, beruht sie nothwendig auf einem Vertrage; allein an und für sich ist sie kein Vertrag, wenigstens nicht im gewöhnlichen Sinne, sondern eben ein constituirender Act, mit welchem sich der Gesammtwille

von dem Einzelwillen ablöst, und zu einer neuen Form sich verkörpert. Der Associationsgeist mit seiner schaffenden Kraft, der auch in der Stille der geschichtlichen Entwicklung sich verbergen kann, tritt hier mit einer concentrirten Wirksamkeit auf, und ruft ein bewußtes Handeln und durch dieses die Genossenschaft hervor.

Allein diese Auffassung der Sache ist nicht die gewöhnliche; vielmehr ist die Ansicht allgemein verbreitet, daß jede juristische Person und also auch die Genossenschaft nicht durch Privatwillkühr, sondern nur durch die Staatsgewalt ins Leben gerufen werden kann. Dabei herrscht freilich in der weitern Durchführung der Lehre keine Uebereinstimmung: bald soll der Act der Constituirung nur vom Staate ausgehen können, so daß jede andere dabei entwickelte Thätigkeit juristisch nicht in Betracht zu kommen scheint, oder die ertheilte Confirmation gar nur als eine beliebig zurückzuziehende Concession gedeutet wird; bald wird die ausdrückliche Staatsgenehmigung als eine nothwendige Form verlangt, welche dem Act der Begründung nur das Siegel der Legalität aufdrückt; bald soll auch die stillschweigende Genehmigung des Staates durch wissentliche Duldung und thatsächliche Anerkennung genügen, so daß es ausreichend ist, wenn der Staat nur Kunde von der juristischen Person erhalten hat, und nicht verbietend dagegen einschreitet. Daß diese Ansichten, welche sich nicht selten bei demselben Schriftsteller in bunter Mischung neben einander finden, ihrem Wesen nach verschieden sind, liegt auf flacher Hand: die erste sieht in der Staatsgewalt die ausschließliche Quelle der juristischen Person; die zweite verlangt nur bei der Begründung ihre Mitwirkung, und läßt dabei also auch andere Factoren zu; die dritte endlich räumt die Möglichkeit der Existenz auch unabhängig von der Staatsgewalt ein, da, was ge-

duldet wird, schon bestehen muß. — Daß nun der Staat sich im Allgemeinen zur juristischen Person nicht gleichgültig verhalten kann, und daß ihm ein bestimmter Einfluß auf dieselbe gebührt, ist nicht in Abrede zu stellen; zunächst fragt es sich aber, ob und inwiefern ihre Begründung von seinem Willen abhängt, und die Privatwillkühr hierbei ausgeschlossen ist. Das soll nun mit besonderer Beziehung auf die Genossenschaft hier erwogen werden, wobei die verschiedenen darüber bestehenden Ansichten einer Kritik zu unterziehen sind.

1. Gewöhnlich behauptet man, jede juristische Person sey als solche eine Fiction, und könne deswegen nur durch die höchste Gewalt im Staate zur Existenz kommen. Allein Beides ist nicht richtig. Die Genossenschaft namentlich und die Gemeinde sind so wenig eine Fiction, als der Staat es selber ist; es liegt in der so geordneten Gesammtheit ein organisches Leben, eine Persönlichkeit, deren Bedeutung man ganz mißversteht, wenn man sie bloß im Gegensatz zu der des einzelnen Menschen auffaßt, so wie es auch nicht richtig ist, wenn man sie ausschließlich auf den civilrechtlichen, freilich besonders wichtigen Punct der Vermögensfähigkeit bezieht. Daß aber ferner eine solche Persönlichkeit, die immerhin als eine juristische bezeichnet werden mag, nur durch den Staatswillen soll entstehen können, ist einfach eine petitio principii, welche durch die Geschichte und das Rechtsleben der germanischen Völker widerlegt wird. Auch ist schon auf den Widerspruch aufmerksam gemacht worden, dessen sich diejenigen schuldig machen, welche dem ausdrücklichen Staatswillen die stillschweigende Anerkennung und Duldung substituiren. Es verhält sich damit, wie mit der älteren Theorie von der Entstehung des Gewohnheitsrechts: weil man sich das Gesetz als

die ausschließliche Quelle des Rechts dachte, so ließ man das Gewohnheitsrecht nur durch die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Staats entstehen, und nahm, um ein falsches Princip aufrecht zu erhalten, zu Fictionen seine Zuflucht.

2. Die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung wird auch auf das römische Recht zurückgeführt. Allein dieses, ohne Ahnung von dem germanischen Associationsgeiste und den dadurch hervorgerufenen Instituten, verlangt nur aus polizeilichen Gründen, welche mit der Verfassung der Monarchie zusammenhingen, eine Bestätigung der collegia und corpora, die erst in Folge ausdrücklicher Gesetze beliebt ward, und das heutige Recht und namentlich die deutschrechtliche Genossenschaft nicht berührt. Zwar könnte man hiergegen einwenden wollen, das Juristenrecht habe diese beschränkende Vorschrift in Deutschland recipirt und generalisirt; allein wenn auch die Juristen in dieser Beziehung die gleichen Principien verfochten hätten, was, wie gezeigt, nicht der Fall gewesen ist, so würde doch die Beobachtung des im Volke waltenden Rechtslebens zeigen, daß sie mit ihrer Ansicht nicht durchgedrungen sind. Denn es finden sich in deutschen Ländern, wo das römische Princip nicht ausdrücklich sanctionirt worden ist, viele Genossenschaften, die keine Staatsgenehmigung erhalten haben, und welche doch auch der entschiedenste Romanist nicht, ohne sich lächerlich zu machen, selbst in Beziehung auf das Vermögen, als bloße communio behandeln dürfte. Man denke sich nur einen schon lange in anerkannter Wirksamkeit bestehenden geselligen Klubb, der nicht confirmirt worden, mit einem bedeutenden Vermögen, und lasse ein austretendes Mitglied oder die Erben eines verstorbenen die Theilungsklage anstellen!

3. Eine eigenthümliche Auffassung der hier behandelten Frage findet sich bei v. Savigny. Er sagt*):

„Die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung zur Entstehung jeder juristischen Person hat, unabhängig von politischen Rücksichten, einen durchgreifenden juristischen Grund. Der einzelne Mensch trägt seinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit schon in seiner leiblichen Erscheinung mit sich: weit allgemeiner als bei den Römern, deren zahlreiche Sklaven eine so wichtige Ausnahme bildeten. Durch diese Erscheinung weiß jeder Andere, daß er in ihm eigene Rechte zu ehren, jeder Richter, daß er in ihm solche Rechte zu schützen hat. Wird nun die natürliche Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen durch Fiction auf ein ideales Subject übertragen, so fehlt jene natürliche Beglaubigung gänzlich; nur der Wille der höchsten Gewalt kann dieselbe ersetzen, indem er künstliche Rechtssubjecte schafft, und wollte man dieselbe Macht der Privatwillkühr überlassen, so würde unvermeidlich die höchste Ungewißheit des Rechtszustandes entstehen, selbst abgesehen von dem großen Misbrauch, der durch unredlichen Willen möglich wäre. Zu diesem durchgreifenden juristischen Grunde treten aber noch politische und staatswirthschaftliche Gründe hinzu u. s. w."

Ich sehe nicht ein, wie dieser Grund mit Fug ein juristischer genannt werden kann. Denn ein solcher muß doch aus einer Rechtsregel herzuleiten seyn; die erhöhte Rechtssicherheit aber, welche durch die Staatsgenehmigung erlangt werden soll, ist kein juristisches, sondern ein politisches Moment, da sie auf der Zweckmäßigkeit beruht. Mit demselben Rechte könnte man

*) System des heutigen römischen Rechts. II. S. 277. 278.

die Formlosigkeit der Verträge, welche nach heutigem gemeinen Rechte als Regel gilt, vom Standpuncte der Rechtssicherheit aus anfechten. Auch verliert dieser, von v. Savigny hervorgehobene Grund seine beweisende Kraft dadurch, daß (a. a. O. S. 275) angenommen wird, die Staatsgenehmigung könne „auch stillschweigend, durch wissentliche Duldung und thatsächliche Anerkennung, ertheilt werden.“ Denn wenn dieses der Fall ist, so tritt ja gerade die formelle Bedeutung der Staatsgenehmigung, die nur bei deren ausdrücklicher Ertheilung gewahrt werden könnte, ganz in den Hintergrund. Außerdem aber fragt es sich, ob nicht die Rechtssicherheit eben so gut und noch besser auf andere Weise zu erlangen seyn sollte, z. B. durch die Vorschrift, daß jede Constituirung einer juristischen Person bei der Ortsobrigkeit anzuzeigen und durch öffentliche Blätter bekannt zu machen sey. Denn wenn selbst die Staatsgenehmigung nicht gehörig veröffentlicht würde, so dürfte der Rechtssicherheit damit doch nur auf beschränkte Weise geholfen seyn, — namentlich in Beziehung auf das größere Publicum; denn dem Richter fehlt es auch ohne dieß nicht an Anhaltspuncten, die rechtliche Natur solcher Vereine zu erforschen, und nöthigenfalls kann er ja zu einer Beweisauflage schreiten.

4. Es bleibt jetzt nur noch zu erwägen, ob es Gründe giebt, welche vom Standpuncte des modernen Staates aus und im Interesse des öffentlichen Wohls die Staatsgenehmigung der Genossenschaft als durchaus nothwendig erscheinen lassen. Daß dieses nun ganz allgemein für alle Institute dieser Art der Fall sey, läßt sich nicht behaupten. Denn es muß, im Gegensatz zu der in Deutschland so übertriebenen Bevormundung freier Bürger durch die Staatsgewalt, der Grund-

satz einer nationalen Politik und einer gesunden Jurisprudenz festgehalten werden, daß nur da, wo das höhere Interesse der Gesammtheit es zum allgemeinen Besten dringend erheischt, der Staat sich mit den Angelegenheiten der Einzelnen befasse, und sie in ihrer freien Bewegung durch Genehmigung und Oberaufsicht beschränke. Daraus lassen sich folgende Regeln ableiten.

a. Der Staat hat vermöge seines Oberaufsichtsrechts (der hohen Staatspolizei) die Aufgabe, die genossenschaftlichen Verbindungen im Allgemeinen zu überwachen, die Entartung des Associationsgeistes zu verhindern, und wenn sich derselbe in verderblichen und gefährlichen Erscheinungen offenbart, mit Verboten und Strafgesetzen dagegen einzuschreiten. Aber es steht schon schlimm, wenn eine solche Handlungsweise von Seiten der Staatsgewalt nothwendig wird; noch schlimmer ist es, wenn sie aus übertriebener Aengstlichkeit zu leicht zur polizeilichen Prävention greift, und dem gesunden Sinn des Volkes und der Macht der Oeffentlichkeit zu wenig vertraut. Denn vor Allem ist dahin zu streben, den guten Kräften die rechte Bahn anzuweisen und sie darauf zu erhalten, nicht aber sie aus Furcht vor Mißbrauch zu schwächen oder zu tödten. Gerade der Associationsgeist der Deutschen, im Geiste einer freisinnigen und nationalen Politik geleitet, kann zur Kräftigung und Concentrirung der Nation sehr wesentlich beitragen, da er sich in seiner Wirksamkeit nicht auf einzelne Staatsgebiete beschränkt. Daß aber Vereine mit einer verbrecherischen Tendenz nie eine juristische Existenz erhalten dürfen, versteht sich von selbst, so wenig die Staatsgenehmigung solchen Genossenschaften, welche unter dem Schein der Gesetzlichkeit ein verbotenes Ziel verfolgen, zu Statten kommen darf.

b. Alle Genossenschaften, welche eine unmittelbare poli-

tische Bedeutung in Anspruch nehmen, und überhaupt in die allgemeine Staatsverfassung eingreifen, können so wenig wie die Gemeinde einseitig durch Privatwillkühr, ohne Zuthun der Staatsgewalt errichtet werden. So hat seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts der alte Landesadel in Mecklenburg beharrlich darnach gestrebt, sich innerhalb der Ritterschaft als eine besondere Corporation zü constituiren, ohne daß ihm dieses nach gemeinem deutschen Staatsrecht und nach der dortigen Landesverfassung hätte gelingen können. — Den rein politischen Corporationen müssen auch die entsprechenden kirchlichen gleich geachtet werden; ja es kann hier, außer der Genehmigung des Staates, auch noch die der Kirchenobern nothwendig werden. Eine volle Freiheit der kirchlichen Association setzt die Trennung der Kirche vom Staat, oder doch die Anerkennung der Privatwillkühr in dieser Rechtssphäre voraus; aber weder das Eine noch das Andere ist ja in Deutschland Rechtens. Daher stellt sich das Verfahren der sogenannten Altlutheraner in Preußen, welche nach öffentlichen Blättern damit umgehen, eigenmächtig neben der Landeskirche für sich ein besonderes kirchliches Gemeinwesen zu begründen, als unstatthaft heraus.

c. Genossenschaften, welche über ihre eigentliche Sphäre hinaus Rechte in Anspruch nehmen, wodurch sie Dritte beschränken und verletzen würden, bedürfen, abgesehen von dem Widerspruchsrecht der Betheiligten, der Staatsgenehmigung. So könnte es in einem Lande, wo Gewerbefreiheit herrscht, an und für sich unbedenklich seyn, wenn in gewissen Gewerken sich genossenschaftliche Vereine zur gegenseitigen Förderung und Unterstützung bildeten; wollten diese aber einseitig die Betreibung des Gewerbes durch Ungenossen von besonderen Vorschriften abhängig machen, vielleicht gar die Abgeschlossenheit

und das Monopolwesen der Zünfte wieder einführen, so würde das durchaus rechtswidrig seyn.

d. Unternehmungen von großartigem Umfange, welche für den Staat und das gemeine Beste von unmittelbarem Interesse sind, z. B. bedeutende Eisenbahnbauten, können nicht einseitig von Privatvereinen ausgehen; die Staatsgenehmigung mit einer voraufgehenden Voruntersuchung ist hier für nothwendig zu halten, so daß, bevor sie ertheilt worden, nur vorbereitende Verhandlungen stattfinden, und erst, nachdem sie erfolgt ist, der Act der Constituirung vor sich gehen kann. Denn daß dieser durch die Staatsgenehmigung ersetzt werde, läßt sich nicht annehmen; er wird dadurch nur rechtlich möglich gemacht. Wann aber ein solcher Fall vorliegt, wo die Privatwillkühr zur Begründung der Genossenschaft nicht ausreicht, das ist, in Ermangelung eines Gesetzes, nach der Erwägung der besonderen Verhältnisse zu entscheiden; gewöhnlich wird die Staatsgewalt aber schon dadurch in Stand gesetzt seyn, ihre Cognition geltend zu machen, daß ohne sie die Durchführung des genossenschaftlichen Zweckes nicht zu erreichen ist, indem z. B. eine Eisenbahngesellschaft ohne die Anwendung eines Expropriationsgesetzes, ohne ein Abkommen mit der Post u. s. w. keine Aussicht auf Erfolg hat.

e) Schwieriger ist die Frage, wie der Staat sich bei solchen Genossenschaften zu verhalten habe, welche an sich von bedeutender Wichtigkeit, das öffentliche Wohl doch nur mittelbar berühren, wie das mehr oder weniger bei den meisten industriellen und commerciellen Unternehmungen der Fall ist. Denn diese können bald durch Schwindelei und Betrug, bald durch unsolide Begründung, z. B. bei Assecuranzcompagnien, die Einzelnen, welche sich dabei betheiligen, in großen Schaden

bringen, indem leichtsinnige und betrügerische Speculanten auf Kosten ihrer getäuschten Mitbürger sich bereichern. Kann man auch, in Erwägung dieser Uebelstände, geneigt werden, für solche Unternehmungen die Staatsgenehmigung stets für wünschenswerth zu halten, so bleibt es doch zweifelhaft, ob sie wirklich ein sicheres Gegenmittel enthält, und ob nicht der Schaden, den eine übertriebene Bevormundung mit sich führt, die Nachtheile, welche durch sie beseitigt werden sollen, überwiegt. Am Ende wird sich doch der Grundsatz auch hier bewähren, daß jeder Einzelne für seinen Vortheil am besten zu sorgen pflegt, und wo ein tüchtiges öffentliches Leben besteht, welches namentlich in den Volksgerichten und der freien Presse seine Organe findet, da wird auch das Volk selbst schon im Allgemeinen eine Controle auszuüben wissen. Der Staat sorge nur durch angemessene Strafgesetze für eine strenge Ahndung wirklich betrügerischer Schwindeleien.

f. Daß überhaupt eine weise Gesetzgebung, welche das Recht der Genossenschaft umfaßte, und namentlich hinsichtlich ihrer Entstehung einen festen Formalismus wahrte, sehr wohlthätig einwirken und sowohl die Rechtssicherheit befördern, als auch überhaupt der Entartung des Associationsgeistes mit Erfolg entgegen treten könnte, soll gar nicht in Abrede gestellt werden. Nur wäre zu wünschen, daß eine solche Gesetzgebung eben das ganze Institut, und nicht bloß die Actiengesellschaft ins Auge faßte, so wie es ihre Hauptaufgabe seyn müßte, die leitenden Principien nur insoweit zu fixiren, daß die freie Bewegung des Rechtslebens in seiner organischen Entfaltung dadurch nicht bedroht würde. Namentlich möchte auch darauf Rücksicht zu nehmen seyn, ob nicht manche Genossenschaften in ein bestimmtes Verhältniß zur Gemeinde gebracht werden

könnten, damit, wenn auch eine Anerkennung und Beaufsichtigung nöthig seyn sollte, die höchste Staatsgewalt nicht immer mit solchen Kleinigkeiten behelligt würde.

IV. Verfassung der Genossenschaft.

Im Associationsgeist liegt nicht bloß der Trieb, welcher die Einzelnen zur genossenschaftlichen Vereinigung zusammenführt, sondern es ist darin auch die organisirende Kraft enthalten, welche eine dem Zweck und Bedürfniß entsprechende Gestaltung der Genossenschaft hervorruft. Dabei kommt es nun theils auf die Thätigkeit der einzelnen Mitglieder an, theils auf die Stellung, welche die Gesammtheit als solche einnimmt. Die erstere bietet wieder eine doppelte Seite dar, je nachdem der Zweck der Genossenschaft unmittelbar durch die Leistungen der einzelnen Mitglieder ganz oder doch theilweise erfüllt wird, so daß der Verein nur die Richtung derselben auf das gemeinsame Ziel und ihre zweckmäßige Verbindung und Verwendung bestimmt; oder nur die Genossenschaft als solche für die Erreichung ihres Zieles nach außen hin thätig wirkend auftritt, so daß das Verhältniß der einzelnen Mitglieder nur insofern sie die Träger der Gesammtheit sind, einer Bestimmung bedarf. Bei denjenigen Genossenschaften aber, welche die Erreichung eines Gewinnes für die Mitglieder bezwecken, oder doch am Vermögen der Gesammtheit bestimmte Sonderrechte zulassen, kommt in Beziehung auf diese Verhältnisse noch manches Eigenthümliche zur Erwägung. — Der Inbegriff derjenigen Satzungen nun, welche das Recht der Genossenschaft in Beziehung auf ihre innere Organisation und ihre Thätigkeit nach außen hin enthalten, bildet die Verfassung. Diese bestimmt die Art und Weise,

1) wie der Wille der Genossenschaft als solcher zu Stande kommt, damit er als ein einheitlicher Wille der Gesammtheit gelte;

2) wie die Geschäftsführung in den Angelegenheiten der Gesammtheit vor sich geht;

3) wie die einzelnen Mitglieder rechtlich zur Gesammtheit stehen.

So wie es sich nun von den Angelegenheiten der Genossenschaft als solcher handelt, scheint es das Natürlichste zu seyn, daß alle Mitglieder gleichmäßig daran Theil nehmen, und daß namentlich, wenn es sich von der Fassung eines Beschlusses handelt, die Einstimmigkeit oder doch das Mehr der Stimmen entscheide. Aber das läßt sich doch nur bei sehr einfachen Verhältnissen durchführen; gewöhnlich beschränkt sich die Thätigkeit aller, in der Generalversammlung repräsentirten Mitglieder nur auf die wichtigeren Angelegenheiten, während die Abmachung der laufenden Geschäfte und die Vollziehung der Corporationsbeschlüsse den besonders dazu constituirten Behörden überlassen ist. Wie es sich damit nun in den einzelnen Fällen verhalten soll, das pflegt sofort bei der Errichtung der Genossenschaft ausdrücklich in ihren Statuten ausgesprochen zu seyn, welche auch meistens den Zweck des Vereins bestimmt angeben, und außerdem über die Aufnahme neuer Mitglieder und deren Austritt oder Ausschließung, über die Beiträge, über die etwaige Auflösung des Vereins u. s. w. das Nähere vorschreiben. Die Statuten sind das Gesetz der Genossenschaft, welches sie sich vermöge der Autonomie giebt: denn diese ist die, ursprünglich auch den Gemeinden zustehende Befugniß freier Corporationen, innerhalb ihrer Rechtssphäre d. h. soweit nicht die Rechte Dritter oder ein bestimmtes öffentliches In-

teresse dabei in Betracht kommt, ihre Verfassung selbständig zu ordnen, und dauernde Normen, welche die Corporation als solche und also auch alle einzelnen Mitglieder binden, gültig zu erlassen. Den Gemeinden ist diese Autonomie fast ganz entrissen, obgleich sie denselben erst die rechte Selbständigkeit giebt, und weise beschränkt und den Anforderungen des modernen Staats unterworfen, das beste Mittel seyn würde, die so lästige und demüthigende Bevormundung der Bürger durch eine stets thätige Regierungsgewalt zu beseitigen. Den Genossenschaften steht die Autonomie noch zu, insofern nicht die Anforderungen des Staates und die Rechte dritter Personen ihre Ausübung beschränken.

In der Regel ist daher die Verfassung jeder einzelnen Genossenschaft nach ihren besonderen Statuten und, was diesen gleichkommt, nach der Observanz zu beurtheilen; doch lassen sich einige allgemeine Grundsätze aufstellen, welche, wenn nicht specielle Gründe entgegenstehen, ihre Anwendung finden müssen.

1. Der Wille der Genossenschaft spricht sich in der Majorität der stimmberechtigten Mitglieder aus, und zwar derjenigen, welche in einer Generalversammlung erschienen sind, vorausgesetzt, daß alle dazu ordnungsmäßig geladen, was jedoch auch durch eine Bekanntmachung in öffentlichen Blättern geschehen kann, und daß dabei die Gegenstände der Verhandlung und Beschlußnahme ausdrücklich angegeben worden sind. Denn unter dieser Voraussetzung müssen die Ausbleibenden sich dem Beschluß der Majorität fügen, weil anzunehmen ist, daß sie für den besonderen Fall auf ihr Stimmrecht verzichtet haben. Eine Uebertragung der Stimme des Ausbleibenden auf einen andern Genossen oder die Abgabe der Stimme durch einen Bevollmächtigten läßt sich juristisch kaum

rechtfertigen, wenn die Statuten es nicht ausdrücklich gestatten, und hat auch unter dem Gesichtspuncte der Zweckmäßigkeit betrachtet, Manches gegen sich.

2. Stimmberechtigt ist im Zweifel jeder Genosse. In solchen Vereinen, bei welchen die Mitgliedschaft von dem Erwerb einer bestimmten Quote am Gesammtvermögen, welche das Sonderrecht des Einzelnen repräsentirt, abhängt, müssen die Stimmen nach der Zahl solcher Quoten, welche jeder Einzelne inne hat, berechnet werden: also bei der Actiengesellschaft nach Actien, bei der Gewerkschaft nach Kuxen, bei der Rhederei nach Schiffsparten. Doch kann hier eine Beschränkung auf ein Maximum der Stimmen, welche der Einzelne, auch wenn er höher bei dem Verein interessirt ist, führen darf, sehr angemessen seyn.

3. Ueber wohlerworbene Sonderrechte des Einzelnen kann ohne dessen Zustimmung von der Majorität nicht verfügt werden, es sey denn, daß die Verfassung darüber etwas Anderes bestimmt. Ein solches Sonderrecht hat aber der Genosse als Mitglied des Vereins, nicht in seiner Stellung außerhalb desselben; in dieser Beziehung tritt er als ein tertius auf, z. B. wenn er als Kaufmann mit dem Verein contrahirt hat.

4. Die in der Genossenschaft verfassungsmäßig constituirten Gewalten (Vorsteher, Ausschuß, Deputation, Direction, Administration u. dgl.) haben, soweit ihre Amtssphäre reicht, im Innern der Genossenschaft eine freie Bewegung, sind aber sowohl der Gesammtheit als auch den einzelnen Mitgliedern wegen ihrer Sonderrechte verhaftet. In derselben Weise vertreten sie die Genossenschaft nach außen hin, und bedürfen nur dann eines besonderen Syndicats, wenn sie sich nicht durch die Statuten und das Wahlprotokoll gehörig legitimiren können.

V. Vermögensverhältnisse der Genossenschaften, insbesondere vom Gesammteigenthum.

Wie schon erwähnt worden, kommt bei der Genossenschaft der Begriff der juristischen Person nicht immer rein zur Anwendung; es können dabei Sonderrechte der einzelnen Genossen bestehen, welche eher dem Recht der communio, als dem der universitas zu entsprechen scheinen, und gerade bei den Vermögensverhältnissen ist dieß vorzugsweise der Fall. Es ist aber damit nur der allgemeine Gesichtspunct angegeben, welchen man bei der juristischen Beurtheilung festhalten muß; bei der Verschiedenheit des Zwecks und der Verfassung, welche sich bei den einzelnen Arten der Genossenschaften finden, treten wieder sehr wesentliche Modificationen jenes Princips ein, welche hier vor Allem näher zu betrachten sind.

1. Wenn das Vermögen der Genossenschaft bloß dem Vereinszwecke dient, ohne daß ein besonderes Interesse der einzelnen Mitglieder dabei in Betracht kommt, so sind diese unmittelbar nicht dabei betheiligt, und das ganze Rechtsverhältniß wird nach dem strengen Princip der juristischen Person beurtheilt. Dasselbe gilt, wenn den einzelnen Genossen gewisse Vortheile zufließen, aber nur in Folge der Verfassung oder einer bestimmten Beschlußnahme, ohne daß ihnen eine unmittelbare Berechtigung am Vermögen der Gesammtheit zusteht, wenn also z. B. ein Kunstverein unter seinen Mitgliedern Gemählde ausloosen oder Kupferstiche vertheilen läßt.

2. Anders stellt sich die Sache schon, wenn in der Genossenschaft, wie es auch in der deutschen Gemeinde der Fall seyn kann, den einzelnen Mitgliedern bestimmte Sonderrechte an dem Corporationsgut als Nutzungsrechte zustehen, welche

einen selbständigen dinglichen Charakter an sich tragen, und den Berechtigten nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können, so daß, wenn dieß aus höheren Staatszwecken doch geschieht, das Princip der Expropriation zur Anwendung gebracht wird. Solche Verhältnisse finden sich namentlich bei den Markengenossenschaften, aber zuweilen auch bei den Deichverbänden, geistlichen Stiftern, Zünften, Gilden u. s. w. Das Recht der Einzelnen kann aber dabei seinem Umfange und seinem Inhalte nach sehr verschieden seyn, so daß es bald nur einzelne Nutzungsrechte an einzelnen Gütern der Corporation befaßt, bald aber das ganze gemeinsame Vermögen davon ergriffen wird. Dabei bekommt denn die Art der Ausübung ihre nähere Bestimmung in der Verfassung der Genossenschaft, welche das Recht der Gesammtheit und das der Einzelnen in ihrer wechselseitigen Beziehung fest stellt, und die harmonische Durchführung des so bestimmten Verhältnisses sichert. Dasselbe Princip findet auch bei der Familie des hohen Adels seine Anwendung, nur daß es hier durch die bevorzugte Stellung des Familienhauptes eigenthümlich modificirt wird.

3. Die dritte Classe, welche unter den Genossenschaften in Beziehung auf das Vermögensrecht hervorzuheben ist, hat das Besondere, daß die im Eigenthum enthaltenen Rechte nicht bloß zwischen der Gesammtheit und den einzelnen Mitgliedern vertheilt sind, sondern daß sich die doppelte Seite des ganzen Instituts in der Weise an dem Vermögen darstellt, daß dasselbe zugleich als einheitliches Corporationsgut, unter dem Gesichtspunct der universitas, und in ideelle Theile zerlegt, als Miteigenthum der einzelnen Genossen nach dem Princip der communio in Betracht kommt. Die Vermittlung dieser Begriffe liegt wieder in der Verfassung der Genossenschaft,

welche die Substanz des Vermögens auf die Dauer mit der Gesammtheit verbindet, es aber zugleich seinem Werthe nach in einzelne Theile zerlegt, an welchen den Mitgliedern ein privatives Eigenthum zusteht. Schon im älteren deutschen Rechte finden sich solche Verhältnisse in den Ganerbschaften, den Gewerkschaften der Bergbauinteressenten u. s. w. ausgebildet; im modernen Rechte sind noch die so sehr wichtigen Actienvereine hinzugekommen. Fassen wir diese letzteren etwas näher ins Auge. Der Actienverein ist eine Genossenschaft, und das Vermögen gehört der Corporation als solcher und dient deren Zwecken; besondere Nutzungsrechte der einzelnen Genossen, wie sie noch bei den Gemeinern der Ganerbschaft in Beziehung auf Wohnung, Wiese, Wald, Jagd u. s. w. sich finden, kommen hier nicht vor. Aber das Corporationsvermögen dient nicht bloß der Gesammtheit, sondern auch dem Interesse der Einzelnen: es wird nach Bruchtheilen, welche dem Einlagecapital entsprechen, in ideelle Theile zerlegt, und diese, durch die Actie repräsentirt, gehören dem Inhaber zu vollem Eigenthum, insofern es nicht von dem Princip der Genossenschaft beschränkt wird. Eine solche Beschränkung aber besteht darin, daß die Theilungsklage für die Actionäre wegfällt, und daß überhaupt in allen Beziehungen, wo nicht der ideelle Vermögenstheil als solcher oder dessen Repräsentant, die Actie, in Betracht kommt, das corporative Princip dem Sonderrechte überlegen ist.

a. Die Actie ist dem Privatverkehr überlassen, und kann durch bloße Aushändigung in das Eigenthum eines Andern übergehen. Mit dem Erwerb der Actie ist zugleich für den Inhaber die Wirkung verbunden, daß er dadurch in die Genossenschaft aufgenommen wird, ähnlich, wie es bei der Rhederei durch Erwerbung von Schiffsparten und bei den Ge-

werkschaften durch die einer Kuxe geschieht, nur daß im letzteren Fall die Eigenschaft der Sache als eines Immobile eine besondere Form der Uebertragung (die Auflassung durch Eintragung in das Gegenbuch) nöthig macht.

b. Zuweilen geschieht es, daß eine Genossenschaft durch Actienzeichnung ein Capital aufbringt, welches ihrem Interesse dient, ohne daß gerade jedes Mitglied Actionär zu seyn braucht, oder die Actien auch nur nothwendig in den Händen der Genossen sich befinden. Dann liegt ein eigenthümliches Verhältniß vor: die Contrahirung einer Schuld von Seiten der Genossenschaft in der Form der Actienzeichnung, und die Actionäre sind hier die Gläubiger, ihre Actie ist ein Schuldschein, der sich regelmäßig bestimmt verzinst, unkündbar ist und auf den Inhaber lautet. — Diese Gläubiger kommen daher in Beziehung auf die Genossenschaft als Dritte zu stehen, und können, wenn sie ihr auch anderweitig angehören, im Allgemeinen keine bevorzugte Stellung in derselben in Anspruch nehmen; aber daß sie mit ihren Ansprüchen auf Verzinsung u. s. w. befriedigt werden müssen, ehe für die Genossen als solche von einer Dividende die Rede seyn kann, folgt schon aus der allgemeinen Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses.

c. Bei den Genossenschaften, welche commercielle und industrielle Unternehmungen zu ihrem Zwecke haben, und für die Genossen einen Gewinn direct beabsichtigen oder doch nicht ausschließen, repräsentirt die Actie nicht die bestimmte Quote des ursprünglichen Einlagecapitals, worauf sie lautet, sondern die Quote des relativen Werthes, den das Corporationsvermögen in seiner Totalität hat, also mit Berücksichtigung des Betriebes, der Conjuncturen, des öffentlichen Credits u. s. w., wie er sich im Course darstellt. Dem Actionär kommt daher jede

Steigerung dieses Werthes zu Gute, unmittelbar durch die Dividende, mittelbar durch eine Erhöhung des Verkaufsprei-ses; er muß sich aber auch die Verminderung desselben gefal-len lassen, sey es nun, daß diese durch äußere Umstände her-beigeführt wird, oder daß die verfassungsmäßige Thätigkeit der Genossenschaft durch Anleihen, Neubauten u. s. w. darauf ein-wirkt. Daher kommt es, daß der Preis solcher Actien, ganz ohne Verhältniß zur gegenwärtigen Dividende, schwanken kann, und daß sie zum Gegenstande der Speculation und der Agiotage gemacht werden. — In den Fällen, wo nur gesellschaftliche Zwecke durch die Herbeischaffung des Einlagecapitals verfolgt werden sollen, stellt sich die Sache anders, namentlich dann, wenn nicht einmal die Verzinsung der Einschüsse beabsichtigt wird, sondern diese als ein Opfer der Einzelnen für das ge-meinsame Interesse erscheinen, welches sie in der Genossenschaft und als deren Mitglieder verfolgen. Dann hört die Actie überhaupt auf, als Vermögenstheil etwas zu bedeuten.

4. Da früher die eheliche Genossenschaft erwähnt wor-den, so ist auch von dem Güterrechte derselben hier kurz zu handeln. Es bestand nach dem älteren deutschen Rechte, um Runde's sehr bezeichnenden Ausdruck zu gebrauchen, eine Gü-tervereinigung unter den Ehegatten, indem das beiderseitige Vermögen sich während der Ehe als ein Ganzes darstellte, welches aber nach deren Aufhebung wieder in seine ursprüng-lichen Theile aufgelöst ward, so daß also durch die nur tem-poräre Vereinigung die Eigenthumsverhältnisse nicht unmittel-bar umgestaltet, sondern nur dem besonderen Recht der Ehe dienstbar gemacht wurden. Das bestimmende Princip dabei war das Mundium oder die Voigtei des Ehemannes, welcher auch in Beziehung auf das Vermögen als das Organ der

Gemeinschaft die äußere Herrschaft ausübte und die Leitung der Oeconomie hatte, während die Frau ihn nur bei Veräußerungen von Immobilien beschränkte, und im engeren Kreise der Haushaltung sich einer ihr nach deutscher Sitte gebührenden größeren Selbständigkeit erfreute. Daher sagt der Sachsenspiegel: es giebt kein gezweiet Gut in der Ehe; und: der Mann nimmt der Frauen Gut in seine Gewere zu rechter Vormundschaft, — zwei Grundsätze, welche dem gemeinen Landrecht angehörten, und nur in dem Recht der einzelnen Stämme und Stände, namentlich mit Rücksicht auf die eheliche Errungenschaft und die Erbgebühr, welche dem überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen zukam, näher bestimmt und modificirt waren. — Indessen konnte es doch auch schon nach älterem Rechte geschehen, daß die Ehegatten sich wahre Eigenthumsrechte an ihrem Vermögen zuwandten, was vermittelst einer wechselseitigen Vergabung von Todeswegen durch die Auflassung geschah. Dadurch ward die bloß temporäre Gütervereinigung zu einer wahren Gütergemeinschaft umgebildet. Der Ehemann behielt zwar die in seiner Voigtei liegenden Rechte, aber er war nun auch bei Veräußerung der von ihm eingebrachten Immobilien an die Zustimmung der Frau gebunden, und nach Aufhebung der Ehe bekam der überlebende Ehegatte das ganze in der Gemeinschaft vorhandene Vermögen nach Eigenthumsrecht. Dieses Rechtsverhältniß, welches ursprünglich nur durch ein besonderes Geschäft hervorgerufen werden konnte, ward später in manchen Landesrechten und Statuten die gesetzliche Regel, so daß die Eingehung der Ehe dasselbe bewirkte, wie die wechselseitige Vergabung. Darauf beruht das Princip der sogenannten innern oder materiellen Gütergemeinschaft, welche freilich sowohl hinsichtlich ihres

Umfangs als auch ihrer rechtlichen Natur wieder in verschiedenartigen Erscheinungen vorkommt, da das leitende Princip nicht immer streng durchgeführt worden ist. Die sogenannte äußere oder formelle Gütergemeinschaft dagegen entspricht im Wesentlichen noch dem älteren Rechte, und weicht von demselben meistens nur durch die Erweiterung der ehelichen Erbgebühr ab. — Dieß besondere Vermögensverhältniß wird aber in beiden Fällen bestimmt und überhaupt möglich gemacht durch das Wesen der deutschen Ehe selbst, also, wenn man will, durch die Verfassung der Genossenschaft: denn nur durch die bestimmte Stellung, welche der Ehemann vermöge seiner Voigtei, die Frau als Vorsteherin der Haushaltung einnehmen, können die, an sich einander schroff begrenzenden Eigenthumsrechte in die gehörige Ausgleichung gebracht werden. Doch macht das moderne Rechtsleben auch hier seine besonderen Ansprüche geltend: die überwiegende Bedeutung des Grundbesitzes hat sich allmälig verloren, und so entspricht es dem Wesen der Sache nicht mehr, daß der Mann unbedingt über die Fahrniß, mit Einschluß der Capitalien, welche früher in den unbeweglichen Renten enthalten waren, soll schalten können. In dieser Beziehung ist im Interesse der Frau eine Beschränkung zu machen, welche sich auch aus dem heutigen Volksrecht deduciren läßt, wie denn ja auch in älterer Zeit die Verfügung des Mannes über alle beweglichen Sachen in den besonderen Verhältnissen ihre Grenze gehabt haben muß, und z. B. gewiß nicht unbedingt und unmittelbar über die Gerade, über Kleider, Kleinodien u. s. w. sich erstreckt hat, wenn auch eine eventuelle Verhaftung des ganzen Frauenguts für die Schulden des Mannes bestand. — Allein noch ein Einwand läßt sich gegen die oben gegebene Darstellung der ehelichen Gütergemeinschaft er-

heben, welcher neulich wirklich gemacht worden, und zu dem verzweiflungsvollen Schritt geführt hat, den Mann für den alleinigen Eigenthümer der vereinigten Vermögensmasse zu erklären. Duncker *) behauptet nämlich, das Mundium des Ehemannes, die eheliche Voigtei bestehe gegenwärtig gar nicht mehr als ein gemeinrechtliches Institut, und könne daher auch nicht benutzt werden, um ein anderes gemeinschaftliches Institut darauf zu begründen. Wenn Eichhorn behaupte, die eheliche Vormundschaft könne als eine Wirkung der besondern ehelichen Güterverhältnisse vorkommen, so kehre er das ganze Verhältniß gerade um, denn in dem älteren Rechte erscheine das Güterverhältniß als eine Wirkung der ehelichen Vormundschaft. — Allein wenn es auch richtig ist, daß die Geschlechtsvormundschaft überhaupt in ihrer allgemeinen Geltung dem modernen Rechtsleben entfremdet worden, so ist damit nicht gesagt, daß sie nicht in dem besonderen Verhältniß der Ehegatten noch eine ausgedehnte Wirksamkeit hat bewahren können, und daß diese nicht gerade durch das Institut der Gütergemeinschaft festgehalten worden ist. Betrachtet man unbefangen das gegenwärtige Rechtsleben, so erscheint die eheliche Gütergemeinschaft im Wesentlichen noch ebenso wirksam, wie sie unter dem Einfluß der Voigtei des Ehemanns sich ausgebildet hat, und in den speciellen Rechtsquellen festgestellt worden ist. Sie hat sich also nicht bloß in einer beschränkten, bloß äußerlichen Geltung erhalten, sondern als ein lebensvolles Institut, mit allen ihren Voraussetzungen und Consequenzen, und also auch mit der Voigtei des Ehemanns, insofern diese für ihre Durchführung wesentlich nothwendig ist. Es liegt

*) L. Duncker, das Gesammteigenthum (Marburg 1843) S. 217 ff.

hier eine organische Rechtsbildung vor, deren einzelne Bestandtheile sich gegenseitig bedingen, und welche in ihrer Totalität anerkannt zu werden verlangt. Der Umstand, daß sich der Begriff der ehelichen Voigtei außerhalb dieser Sphäre nicht in seiner früheren Geltung erhalten hat, ist noch kein Grund, ihn auch hier für beseitigt zu halten; und wenn die älteren Juristen, seine Bedeutung verkennend, die Gütergemeinschaft ohne ein solches leitendes Princip bloß aus dem Begriff eines sogenannten dominium in solidum glaubten deduciren zu können, so war das eine Verirrung, deren schlimme Folgen gerade durch die richtige, im Volksrecht begründete Theorie, so weit es vom Standpuncte des gemeinen Rechts aus geschehen kann, zu bekämpfen sind. — Nur dann, wenn die Gütergemeinschaft nicht nach dem Gesetze eintritt, sondern durch Vertrag bestellt wird, kann es zur Frage kommen, ob damit zugleich die eheliche Voigtei, welche doch zum öffentlichen Recht gehört, gültig constituirt worden. Dagegen würde sich mit den von Duncker angeführten Gründen Erhebliches einwenden lassen; aber es würde dann auch die Erwägung der weiteren Frage nicht wohl zu vermeiden seyn: ob überhaupt die vertragsmäßige Eingehung der Gütergemeinschaft unbedingt gemeines Landrecht ist, und ohne alle Rücksicht auf die particuläre Rechtsverfassung einseitig von den Ehegatten beliebt werden kann. Es wäre zu wünschen, daß dieß einmal zum Gegenstande einer genauen Untersuchung gemacht würde.

Im Obigen ist nur eine Skizze von den Vermögensverhältnissen der Genossenschaften enthalten. Das Eigenthümliche besteht, wie gezeigt worden, darin, daß sich neben den Ansprüchen der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Genossen darstellen, oder daß doch die Vereinigung das Recht

der Einzelnen zu einer Gemeinschaft zusammenführt, für deren harmonische Bewegung und Leitung in der besonderen genossenschaftlichen Verfassung die entsprechenden Mittel gegeben sind. — Den Inbegriff dieser Vermögensrechte in ihrer verschiedenartigen Zusammenstellung und Gestaltung nenne ich das **Gesammteigenthum**, welches also an und für sich ein weiter Begriff ist, und erst durch die Beschaffenheit der einzelnen Genossenschaft (und beziehungsweise der einzelnen Gemeinde), in der es sich findet, seine nähere Bestimmung erhält *).

*) Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß ich der früher in der Lehre von den Erbverträgen aufgestellten Theorie über das Gesammteigenthum durchaus treu geblieben bin, von so verschiedenen Seiten sie auch angefochten worden ist. Nur in der a. a. O. Th. I. S. 88. gegebenen Definition heißt es besser statt „Proprietät": Eigenthum, — damit es nicht scheine, daß bloß an die römische proprietas im Gegensatz zu den im Eigenthum liegenden Nutzungsrechten zu denken sey. — Auf eine Widerlegung der Gegner und namentlich Dunckers, der mit so vielem Scharfsinn meine Ansicht bekämpft hat, kann ich hier nicht eingehen; doch möchte schon in diesem ganzen Kapitel ein Beitrag dazu gegeben seyn, da es dabei vor Allem auf eine Verständigung über das Wesen und die Bedeutung der Genossenschaft ankommt.

Siebentes Kapitel.

Das Volksrecht als gemeines Ständerecht.

Es giebt wenige Begriffe in unserem Rechte, deren Feststellung so schwierig ist, als der eines Standes im juristisch-politischen Sinne. Schon die Vieldeutigkeit des Wortes führt leicht zur Verwirrung, da man ganz verschiedene Verhältnisse damit bezeichnet. So spricht man von einem Stande der Freiheit, der Civität, und versteht darunter eine gewisse Qualification der einzelnen Individuen nach gemeinsamen Merkmalen; in einer andern Bedeutung wird der Ausdruck unmittelbar auf eine bestimmte Person bezogen, welche zur Theilnahme an der Ausübung gewisser Hoheitsrechte befugt ist (Reichsstand, Landstand), und in der Mehrheit bezeichnet man damit wohl die Gesammtheit dieser Personen als ein corporatives Ganze gedacht (Landstände, Stände). Außerdem denkt man sich unter einem Stande eine gewisse Classe der Bevölkerung im Gegensatz zu dem Volksganzen, indem man bei derselben etwas Gemeinsames, besonders Charakteristisches findet, welches sie von den übrigen unterscheidet. Faßt man nun aber auch die Stände, wie es gewöhnlich geschieht, in diesem letzteren Sinne auf, so kommt es doch weiter darauf an, jenes unterscheidende Merkmal, wodurch sie sich von der übrigen Bevölkerung absondern, genau anzugeben, und das hat wieder seine Schwierigkeiten. Denn der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, der auch auf die Jurisprudenz und die Gesetzgebung zurückgewirkt hat, ist hier sehr unbestimmt und schwankend.

Bald denkt man vorzugsweise an eine gewisse Gleichheit durch Geburt und Herkunft, und spricht z. B. von einem Adelsstande; bald sieht man auf den Beruf und die Hauptbeschäftigung der Einzelnen, und unterscheidet einen besondern Stand der Staatsbeamten, Soldaten, Aerzte, Advocaten, Fabrikanten, Handwerker u. s. w.; bald endlich legt man den Nachdruck auf die Stellung der Einzelnen in der Gesellschaft, und nimmt höhere und niedere, vornehme und geringe Stände an. — Bevor nun von den Ständen und ihrem Rechte überhaupt gehandelt werden kann, ist es vor Allem nöthig, den juristischen Begriff, welcher dabei zum Grunde liegt, genauer festzustellen.

1. Wir haben es hier mit den Ständen in der zuletzt angeführten Bedeutung zu thun, nach welcher darunter gewisse Classen der Bevölkerung im Gegensatz zu dem Volksganzen zu verstehen sind. Was sonst noch mit demselben Ausdruck bezeichnet wird, findet keine weitere Berücksichtigung.

2. Das Unterscheidende, welches einer gewissen Classe gemeinsam, sie zur Bedeutung eines Standes erhebt, kommt nur dann in Betracht, wenn es wirklich eine rechtliche Natur hat, und juristisch erfaßt werden kann. Eine bloß sociale Auszeichnung, eine Stellung, welche nur im Allgemeinen ein politisches Gewicht giebt, genügt noch nicht, auch wenn eine größere Anzahl von Personen daran Theil nimmt, um für sie den Rechtsbegriff eines eigenen Standes zu begründen. Man wird dabei mit gewissen Abstufungen auf den allgemeinen Gegensatz zwischen der gebildeten und ungebildeten Bevölkerung hingeführt werden, der freilich von großer politischer und socialer Bedeutung ist, aber den allgemeinen Modificationen des Staatsbürgerthums und nicht dem besonderen Ständewesen angehört.

3. Zur näheren Begriffsbestimmung eines Standes ist ferner noch das Merkmal hinzuzunehmen, daß er ein selbständiges Lebensprincip in sich trägt, und mit diesem die besondere Sphäre in welcher er sich bewegt, ausfüllt. Wenn daher eine gewisse Classe von Personen ihre eigentliche Bestimmung und Bedeutung nur von außen her erhält, und sich in ihrer Thätigkeit nur einer höheren Anforderung dienstbar zeigt, so ist sie nicht zu den Ständen im engeren juristischen Sinne zu rechnen. Dieser Gesichtspunct ist namentlich in Beziehung auf die Staatsbeamten fest zu halten; er kommt aber auch bei andern Personen, welche einem bestimmten Beruf nachgehen, und durch ihre Beschäftigung zu einer gewissen Gemeinschaft verbunden sind, also bei den Künstlern, Gelehrten, Aerzten u. s. w. in Betracht.

4. Dieses selbständige Lebensprincip, welches die einzelnen Stände beherrscht, ruft auch das bestimmte, abgesonderte Interesse hervor, welches sie in ihrer allgemeinen Richtung und mit den ihnen eigenthümlichen Institutionen verfolgen; es begründet ferner die abgeschlossene Haltung, welche sie unter einander und der übrigen Bevölkerung gegenüber einnehmen, und die sich ganz von selbst geltend macht, so bald es sich nicht von dem einzelnen Mitgliede als solchem, sondern von dem Stande als Ganzes betrachtet, handelt.

Fassen wir nun in diesem engeren Sinn den Begriff eines Standes auf, und betrachten wir dann unbefangen das deutsche Volk in seiner gegenwärtigen socialen und politischen Verfassung, so wird sich wohl bald ergeben, daß von einem consequent durchgebildeten Ständewesen in seiner schroffen Absonderung nicht mehr die Rede seyn kann. Diese Form der Rechtsbildung, welche sich im späteren Mittelalter entwickelte,

als das Princip der gemeinen Freiheit in seiner einheitlichen Kraft gebrochen war, ist wieder durch die im Staate ausgeprägte Idee des gemeinsamen politischen Lebens besiegt worden; das Ständewesen in seiner früheren ausschließlichen Herrschaft ist zu Grabe getragen, und was sich von demselben noch erhalten hat, darf doch nur auf eine beschränkte Geltung Anspruch machen, da es nur neben und in der Gesammtheit, nicht aber im Conflict mit dieser bestehen kann. Nur insofern hat es noch in Deutschland eine gewisse Selbständigkeit bewahrt, als es bloß der Entwickelung des staatlichen Princips hat weichen müssen, nicht aber dem einer rein nationalen Durchbildung dienstbar geworden ist.

Bei einer Darstellung des Standerechts kommt es nun darauf an, das demselben Eigenthümliche bestimmt hervorzuheben, und zugleich die Grenze zu bezeichnen, wo seine Herrschaft aufhört, und es in den höheren Begriff des Staatsbürgerthums und des gemeinen Landrechts aufgeht. Wenn das Ständewesen in dieser doppelten Beziehung betrachtet, und nicht bloß in einzelnen positiven Instituten, sondern als eine Seite des nationalen Rechtslebens der Gegenwart aufgefaßt wird, so wird sich auch bestimmen lassen, inwiefern sich darin noch wirkliches Volksrecht abspiegelt, oder es nur als ein verkümmerter Ueberrest abgestorbener Zustände und Verhältnisse dasteht. Zu der großen Schwierigkeit, mit welcher eine solche Darstellung im Allgemeinen zu kämpfen hat, kommt aber noch der besondere Umstand hinzu, daß sich gerade in dieser Lehre die politische Anschauung mit der juristischen leicht vermischen, ja die letztere ganz überwältigen wird. Das ernste Streben, das geltende Recht in seiner positiven Bestimmtheit unbefangen aufzufassen, wird gegen die einseitige Vernachlässigung

oder Ueberschätzung thatsächlich bestehender Verhältnisse und noch wirksamer Elemente allein bewahren, während umgekehrt deren juristisches Verständniß ohne die gehörige Erwägung ihrer innern politischen Bedeutung nicht zu erlangen ist, wenn man nicht eine todte Theorie für eine lebendige Rechtskunde eintauschen will. Die folgende Darstellung hat es aber allein mit dem gemeinen deutschen Ständerecht zu thun; was nur particularrechtlich von den Instituten des älteren Rechts fortbesteht oder zu einer eigenthümlichen Gestaltung umgebildet ist, findet keine weitere Berücksichtigung, wie interessant und wichtig übrigens auch die nähere Betrachtung desselben seyn mag.

Faßt man nun die ständischen Elemente, welche noch im heutigen gemeinen Rechte vorhanden sind, scharf ins Auge, so findet man sie vorzugsweise auf dem Gebiete, welches den Besitz und den Verkehr im weiteren Sinne umschließt, und wo der Gegensatz von Stadt und Land bei den gesonderten Interessen und Bedürfnissen eine bestimmte Abgrenzung zuläßt. Darnach wäre denn der Stand der Grundbesitzer und der Gewerbtreibenden zu unterscheiden, und bei der weiteren Ausführung würden auf der einen Seite die Gutsbesitzer und Bauern, auf der andern die Kaufleute, Fabrikanten und Handwerker in ihrer rechtlichen Verschiedenheit näher zu betrachten seyn. Doch ist auch die Bedeutung der Geburtsstände in Erwägung zu ziehen, und so ist es am Zweckmäßigsten, die Erörterung an die hergebrachte Eintheilung in den Stand des Adels, der Bauern und der Stadtbürger anzuschließen.

I. Der Adel.

Der Charakter eines mit bestimmten Vorrechten versehenen, abgeschlossenen Geburtsstandes läßt sich bloß bei dem

hohen Adel erkennen, d. h. bei dem Inbegriff der früher reichsständischen Familien und derjenigen früher reichsfreien Dynastengeschlechter, welche etwa ausnahmsweise mit jenen ein gleiches Familienrecht haben und nachweisen können. Obgleich nun der hohe Adel Deutschlands unter dem Einfluß der neueren Geschichte in souveraine und mediatisirte Häuser zerfallen, und dadurch in wichtigen Beziehungen eine Ungleichheit unter ihnen begründet ist, so betrifft diese doch mehr die äußere politische Stellung, als das innere Recht der Familie, welches seiner wesentlichen Grundlage nach für alle gemeinschaftlich geblieben. Hier finden wir nun noch ein ganz eigenthümlich durchgebildetes Standesrecht, welches von selbständigen Principien beherrscht, in seiner Sphäre dem gemeinen Landrecht vollberechtigt gegenüber tritt. Das Gesammthaus und die einzelnen selbständigen Linien desselben treten als eine Genossenschaft auf, welche auch den einzelnen Mitgliedern gegenüber eine bestimmte, und zum Theil eine das Sonderinteresse derselben beherrschende Stellung und Berechtigung einnimmt; das Organ der Gesammtheit ist die autonomische Beliebung, mag diese sich nun in der Form eines Vertrags der vollberechtigten Agnaten oder in der Disposition des Familienhauptes aussprechen. Daher kommt die hochadliche Familie unter die allgemeine Lehre von den Genossenschaften zu stehen, und ihr eigenthümliches Recht, namentlich auch in Beziehung auf das Familienvermögen, läßt sich nur unter diesem Gesichtspuncte richtig auffassen. Die Abgeschlossenheit und innere Einheit des Standes aber zeigt sich, auch abgesehen von den einzelnen Instituten, vor Allem in dem Princip der Ebenbürtigkeit, welches selbst die Bundesgesetzgebung als ein Recht der Mediatisirten anerkannt hat. — Betrachtet man nun dieses Standesrecht des hohen

Adels in seiner Entstehung und thatsächlichen Begründung, in seinem Verhältniß zu der allgemeinen Rechtsbildung in Deutschland und namentlich auch mit Rücksicht auf die Rechtsanschauung, welche sich bei den Betheiligten und bei den übrigen Classen der Nation findet, so ist nicht zu verkennen, daß man es hier mit einem Volksrechte zu thun hat, welches freilich, wie jedes Standesrecht, nur in einer bestimmten Sphäre gilt, aber in dieser auch mit einer absoluten Wirksamkeit dem gemeinen Landrecht derogirt. Für die souverainen Häuser ist dieß Verhältniß auch in der Weise ausgeprägt, daß ihre Verfassung mit der der einzelnen deutschen Staaten organisch verbunden ist; aber auch den mediatisirten Familien, welche, freilich zum großen Vortheil der politischen Entwicklung der Nation, ihre wesentlichen Hoheitsrechte verloren haben, ist noch eine sehr bevorzugte Stellung geblieben, welche namentlich dann, wenn sie dieselbe, eingedenk der früheren Zeiten, im allgemeinen deutschen Interesse benutzen, die höhere vaterländische und politische Weihe erlangen, und eine allgemeine, freudige Anerkennung finden wird.

Ganz verschieden nun von dem Recht des hohen Adels ist dasjenige, welches für den niederen Adel in Deutschland gilt; es stellt sich gewissermaaßen als die schwache Nachahmung des in jenem vollzogenen Entwicklungsprocesses dar, welche nicht zur vollen juristischen Ausbildung gekommen ist. — Die Entstehung des niedern Adels fällt in die Zeit, in der sich aus den gemeinfreien Grundbesitzern und den angesehenen Dienstmannen eine landsässige Ritterschaft bildete, der dann die alten Dynastengeschlechter einverleibt wurden, insofern sie nicht die Reichsstandschaft erwarben und in den hohen Adel übergingen, oder sich nicht der unmittelbaren Reichs-

ritterschaft anschlossen. Die letztere nahm nun allerdings, so lange die Reichsverfassung bestand, eine exceptionelle Stellung ein, hat aber gegenwärtig ihre gemeinrechtliche Bedeutung verloren, und ist für eine allgemeine Darstellung des geltenden deutschen Adelsrechtes von untergeordneter Wichtigkeit; wir können daher zunächst die landsässige Ritterschaft ausschließlich ins Auge fassen. Diese aber war einer Landeshoheit unterworfen, und konnte politisch nur in der Territorialverfassung eine Bedeutung gewinnen: das unterschied sie schon wesentlich vom Reichsadel. Es fehlte ihr ferner die genossenschaftliche Abgeschlossenheit der einzelnen Familien, und folgeweise deren Autonomie; nur durch die corporative Verbindung der ritterschaftlichen Geschlechter eines bestimmten Bezirkes ward etwas Aehnliches erreicht, und die einzelnen Familien suchten durch Ganerbschaften und die gesammte Hand im Lehenrecht, so wie später durch Fideicommißstiftungen ein gemeinschaftliches Vermögen zu constituiren, für welches namentlich die Unveräußerlichkeit und die Untheilbarkeit der Substanz in Anspruch genommen ward. Doch stellt sich dieses Bestreben nur in vereinzelten Erscheinungen heraus, ohne daß es mit dem Wesen der Ritterschaft im nothwendigen Zusammenhange gestanden hätte; diese war vielmehr im Allgemeinen auf Geburt, ritterliche Lebensart und einen entsprechenden Grundbesitz begründet, jedoch so, daß das letztere Erforderniß oft überwog, insofern die Lehnsfähigkeit nicht immer auf einen bestimmten Geburtsstand beschränkt war, und der Inbegriff der roßdienstpflichtigen Vasallen in manchen Ländern den politisch berechtigten Ritterstand ausmachte. Denn das Lehenrecht, welches nach und nach die einzelnen Dienstrechte in sich aufnahm, war vorzugsweise für diese Verhältnisse normirend. — Indessen hatte

sich die Ritterschaft, wenn auch mit manchen Abweichungen, in den einzelnen deutschen Ländern doch mit einer gewissen Gleichförmigkeit ausgebildet, und durch die überwiegende Bedeutung, welche sie in den landständischen Corporationen gewonnen, eine sichere Haltung erlangt, welche sich auch den ihrem Interesse dienstbaren Instituten mittheilte; für eine gewisse Periode, die etwa vom Ende des 14. bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts gerechnet werden kann, ist daher auch ein eigener Stand der Ritterschaft mit einem besonderen Rechte, welches wenigstens den Charakter der bedingten Gemeinrechtlichkeit an sich trug, anzuerkennen.

Allein in neuerer Zeit hat sich dieß Verhältniß wesentlich verändert. Die Bedeutung der landständischen Verfassung trat immermehr vor der zur wahren Staatsgewalt heranwachsenden Landeshoheit zurück, wodurch schon im Allgemeinen die selbständige Haltung der Ritterschaft wesentlich bedroht ward. Dazu kam, daß mit der Veränderung des Militairwesens die alten Roßdienste außer Uebung kamen, was, in Verbindung mit der neu begründeten Staats- und Finanzwirthschaft, dem Lehenrecht sein eigentliches Lebensprincip entzog, und es zu einem besonders modificirten Recht des Grundbesitzes herunterdrückte. Indem nun gleichzeitig in Folge großer ökonomischer Verwirrungen und der überwiegenden Macht des beweglichen Vermögens ein beträchtlicher Theil der Landgüter in fremde Hände überging, verlor sich die selbständige Bedeutung eines besonderen Ritterstandes, und was in dieser Hinsicht aus der älteren Verfassung noch bestehen blieb, ward fast allgemein in der Form eigenthümlicher Realrechte an den ritterschaftlichen Grundbesitz gebunden. Das Recht des Ritterstandes löste sich in das Recht der Rittergüter auf, trat also aus dem Stände-

recht in das Sachenrecht über. Wo sich daher auch noch eine eigene Landes= oder Provinzialritterschaft in corporativer Abgeschlossenheit erhalten hat, da fehlt doch regelmäßig für dieselbe die Eigenschaft eines besonderen Geburtsstandes, und es ist nur das eigenthümliche Interesse der großen Grundbesitzer, welches die Einzelnen in ihrer Vereinigung gleichmäßig erfaßt, und ihnen theils dem Bürger= und Bauernstande gegenüber, theils in ihrer Beziehung zur Staatsgewalt eine bestimmte Stellung anweist. Allein wenn diesem Interesse auch die weiteste politische Vertretung gegeben wird, so erzeigt sich das doch nur nach außen hin und im Verhältniß zur Gesammtheit wirksam; im Innern des Standes findet sich kein besonderes Recht, und namentlich die einzelne Familie, deren selbständige Bedeutung dem Adelsrecht seine bestimmte Richtung giebt, wird davon unmittelbar nicht betroffen.

Es ist nun aber, dem Begriff der landsässigen Ritterschaft gegenüber, der des niedern Adels zu betrachten, um zu sehen, inwiefern sich in diesem Institut ein bestimmtes Standesrecht nachweisen läßt. Hier tritt nun freilich die Familie als das entscheidende Moment hervor; denn wenn der niedere Adel überhaupt einen eigenen Stand bildet, so ist es allein der Vorzug der Geburt, welcher ihn dazu macht: andere Erfordernisse, namentlich eine ritterliche Lebensart und ein gewisser Grundbesitz, kommen dabei nicht in Betracht. Aber es erscheint überhaupt bedenklich, einen solchen Stand im rechtlichen Sinne anzunehmen. Einmal ist nämlich zu erwägen, daß der niedere Adel nicht bloß durch die Geburt, sondern auch durch die Verleihung erworben werden kann, und daß überhaupt der höhere Staatsdienst, sowie gewisse Ritterorden und Titel diejenigen Vorrechte zu ertheilen pflegen, welche man gewöhnlich als die

des Adelsstandes anführt. Betrachtet man diese aber vom Standpuncte des gemeinen Rechts aus, so ergiebt sich, daß sie weniger eine juristische als eine sociale Bedeutung haben, und jedenfalls nicht von einer solchen intensiven Kraft sind, daß darauf ein besonderes Standesrecht begründet werden könnte. Aehnlich verhält es sich mit dem Wappenrecht, dessen sich auch manche nichtadeliche Familien erfreuen, ohne daß sie dazu eines besonderen Wappenbriefes bedürften; beim Adel ist der herkömmliche Gebrauch eines besonderen Wappens nur gebräuchlicher, wie er denn überhaupt ein größeres Gewicht auf seine Familie legt, als in andern Kreisen der Bevölkerung gewöhnlich ist. Damit ist aber die genossenschaftliche Abschließung, wie beim hohen Adel, noch nicht gegeben, und was man die Autonomie des niedern Adels nennt, ist nichts anders als der häufigere Gebrauch der Fideicommißstiftungen, der sich bei demselben findet, ohne daß er gemeinrechtlich dabei besonders privilegirt wäre. Auch enthält das Familienfideicommiß nicht, wie die autonomische Beliebung, ein Gesetz, welches unmittelbar die Familie und nur mittelbar das Vermögen erfaßt; sondern es ist eben eine Disposition, die unmittelbar auf das letztere geht, und namentlich den Grundbesitz nach Art einer andern Realbelastung, wenn auch auf besondere Weise, afficirt. Von den einzeln vorkommenden Stammgütern, bei denen sich in verschiedener Weise die Wirkung des Beispruchsrechts der nächsten Erben und die Bevorzugung der Agnaten bei der Succession in den Grundbesitz erhalten haben, kann ebensowenig ein besonderes Standesrecht des niedern Adels hergeleitet werden; dasselbe ist vielmehr im Zweifel auch hinsichtlich des Vermögens nach den Grundsätzen des gemeinen Landrechts zu beurtheilen.

Das frühere Standesrecht der landsässigen Ritterschaft ist daher gegenwärtig ebensowenig bei der Gesammtheit der Rittergutsbesitzer als bei den zum niedern Adel gehörigen Personen zu finden; jenen fehlt die unmittelbare Beziehung zwischen den Geburtsrechten und dem Grundbesitz, und diesen mangelt, ein wie großes Gewicht auch auf Herkunft und Familie gelegt werden mag, die materielle Basis eines entsprechenden Vermögens, um die in Anspruch genommene bevorzugte Stellung mit einer so allgemeinen Wirksamkeit, wie es bei einem Stande erwartet werden darf, durchzuführen. Doch soll damit nicht behauptet werden, daß nicht von den früheren Zuständen noch sehr bemerkliche Spuren im gegenwärtigen Rechtsleben vorhanden sind. Es ist verhältnißmäßig noch der größte Theil der Rittergüter im Besitz adlicher Familien; dieselben liefern noch jetzt der stehenden Armee die meisten Officiere; in mancher Landes- und Provinzialverfassung ferner ist dem adelichen Theil der Ritterschaft eine bevorzugte Stellung gewährt; auch zeigt sich gerade hier ein Bestreben, durch Fideicommißstiftungen mit besonderen Successionsordnungen ein bestimmtes Vermögen an die Familie zu knüpfen, und deren Glanz, wenn auch auf Kosten der einzelnen Mitglieder, aufrecht zu erhalten. Mit diesen Erscheinungen steht denn auch der Plan patriotischer Männer in Verbindung, den Adel überhaupt mit dem ritterschaftlichen Grundbesitz zu identificiren, und durch die Beschränkung der gemeinrechtlichen Erbfolge einen selbständigen, in der Zahl seiner Mitglieder beschränkten Ritterstand zu begründen, von dem man sich namentlich große politische Vortheile verspricht. Bringt man es nun zur Frage, ob eine solche Einrichtung den gegenwärtigen deutschen Verhältnissen angemessen seyn möchte, so ist natürlich die erste unabweisbare

Voraussetzung, daß es dabei nicht auf eine Bevorrechtung des neu zu schaffenden Ritterstandes in Beziehung auf die allgemeinen Lasten und Pflichten, welche der Staat den Einzelnen auferlegt, abgesehen ist; daß vielmehr, so weit eine Abweichung nicht durchaus nothwendig erscheint, das Princip der Gleichheit vor dem Gesetze streng durchgeführt werde. Es ist also der Plan nur darauf gerichtet, die politische Berechtigung der Standesgenossen auf eine dem heutigen Staatsleben entsprechende Weise zu erhöhen, gewissermaaßen neben der gemeinen Freiheit eine besondere zu begründen, ähnlich wie es sich schon zur Zeit der altgermanischen Volksverfassung verhalten konnte. Wenn nun auch für eine solche Einrichtung manche Gründe und namentlich das gewichtige Beispiel Englands zu sprechen scheinen, so stellt sich bei einer näheren Erwägung die Sache doch als so bedenklich im Princip und so schwierig in der Ausführung dar, daß wohl besser ganz darauf verzichtet, und die politische Regeneration des Volkes von einer andern Seite versucht wird. Es sind dabei namentlich folgende Puncte zu berücksichtigen:

1. Es fehlt einer solchen Institution für Deutschland die rechte geschichtliche Vorbereitung; sie würde sich als eine neue Schöpfung erst zu consolidiren und dabei mit den allergrößten Hindernissen zu kämpfen haben. Denn sie würde gleichmäßig im Widerspruch stehen mit der allgemeinen Richtung der Zeit, welche zur möglichsten Gleichstellung der Staatsbürger hindrängt, und mit dem Familiensinn des deutschen Adels, welcher sich in allen seinen einzelnen Gliedern wieder erkennen will. Auch widerspricht die Zurücksetzung der meisten Familienglieder, welche bei der Majoratsordnung unvermeidlich ist, der heutigen allgemeinen Rechtsanschauung im Volke; solche

Rittergutsbesitzer, welche dieselbe theilen, würden sich daher freiwillig nicht leicht zu einer bloßen Abfindung der Töchter und jüngeren Söhne verstehen wollen, da sie nur ausnahmsweise so bedeutend werden könnte, daß dadurch eine standesmäßige Versorgung gesichert wäre. Die geistlichen Stifter des Mittelalters, welche in dieser Beziehung so Vieles leisteten, sind ja bis auf wenige Ueberreste verschwunden; und um neue zu errichten fehlt es, auch wenn das Vermögen da wäre, an der rechten Neigung zur frommen Aufopferung und Freigebigkeit. Gerade der Umstand, daß die Familien des hohen Adels regelmäßig so begütert sind, daß sie alle ihre Mitglieder standesmäßig versorgen können, sichert am besten ihre unabhängige und abgeschlossene Stellung; auch ist in dieser Sphäre ein solcher Sinn heimisch, daß der Einzelne, ohne sich verletzt zu fühlen, vor dem Interesse der Familie und des Standes zurücktritt, die althergebrachten Beschränkungen wenigstens ohne Murren erträgt.

2. Der Umstand aber, daß eben diese Vermögenskräfte und diese Gesinnungen bei denjenigen Familien, aus welchen der neue Majoratsadel zu bilden wäre, nur selten gefunden werden dürften, enthält einen sittlichen und einen politischen Grund gegen die ganze Institution. Einen sittlichen Grund — weil Unfriede und Hader und Neid in den Familien daraus entstehen würden; einen politischen — weil zu befürchten, daß der Majoratsadel seinen überwiegenden Einfluß darauf verwenden würde, die jüngeren Söhne möglichst früh und leicht im Staatsdienst vortheilhaft unterzubringen, wenn auch das gemeine Beste und andere gleich oder mehr befähigte Bewerber darunter leiden sollten. Trotz des ungeheuren Privatreichthums in England und der durch die Colonien gebotenen Gelegenheit zur leichteren Versorgung müssen doch die Hoch-

kirche und die Armee dazu dienen, um die zurückgesetzten Mitglieder der vornehmen Häuser, die nicht etwa durch eine Heirath ihr Glück machen, unterzubringen, — von den Pensionen und Sinecuren gar nicht zu reden. Was würde erst bei ähnlichen Anforderungen einer weit zahlreicheren Aristokratie in dem verhältnißmäßig armen Deutschland geschehen! Man sagt zwar, der nicht adelige Theil der Familie tritt in den Bürgerstand über; aber es wird immer eine nicht gewöhnliche Tüchtigkeit verlangt, wenn die Betreibung eines bürgerlichen Gewerbes ohne bedeutende Capitalien so gelingen soll, daß sie die Ansprüche, welche der adelige Sprößling aus dem elterlichen Hause mitbringt, befriedigt. Auf ein sicheres Fortkommen der Einzelnen ist hier nicht zu rechnen.

3. Auch das ist nicht zu übersehen, daß durch einen mächtigen Majoratsadel allerdings eine gewisse Stabilität der öffentlichen Verhältnisse gesichert wird, falls er zu der ganzen Staatsverfassung und der Rechtsanschauung des Volkes im rechten Verhältniß steht; daß aber, wenn ohne die umsichtige Berücksichtigung aller Interessen den großen Grundbesitzern eine überwiegende Gewalt gegeben würde, gerade dadurch sehr leicht eine sehr entschiedene Bewegung des übrigen Volkes gegen jenes Uebergewicht hervorgerufen werden könnte. Ueberhaupt aber ist, um eine mächtige, wohl organisirte Aristokratie ohne Gefahr zu ertragen, eine fest gegründete Volksfreiheit nöthig; soll jene in Deutschland erhöht werden, so muß auch diese sich gleichmäßig in freier Bewegung entfalten können.

II. Der Bauernstand.

Beim Adel haben wir gesehen, wie die größere Rechtsgleichheit im modernen Staate seine bevorzugte Stellung ge-

schwächt hat; bei dem Bauernstande läßt sich die entgegengesetzte Bemerkung machen, daß die allmälig erfolgte Emancipation der Person und des Grundbesitzes sein Recht erhöht, und durch die Aufhebung oder Milderung der früheren Belastungen ihn dem gemeinen Recht und der gemeinen Freiheit zugeführt hat. Denn wenn man sonst von einem besonderen Bauernstande und Bauernrechte handelte, so dachte man dabei fast nur an die in Folge der Hörigkeit oder der Voigtei in ihrem Rechte beschränkte ländliche Bevölkerung; die von Alters her freien Bauern, wie die friesischen, deren Blut nach altgermanischer Rechtsanschauung reiner und edler ist, wie das der adeligen Familien, welche je zu den Dienstmannen gehört haben, — die befaßte man mit ihrem freien Communalwesen und ihrem unbelasteten Grundbesitz wenigstens gemeinrechtlich nicht unter dem Bauernstande. Aber gerade die Hörigkeit der Bauern ist, was die Person betrifft, ganz aufgehoben, und die neueren Ablösungsordnungen haben den Zweck, auch die drückendsten Belastungen des bäuerlichen Grundbesitzes zu entfernen; die Voigteipflichtigkeit aber, wenigstens insoweit sie dem Landesherrn gegenüber bestand, ist wie die Lehenstreue des Vasallen in die dem Souverain als Träger der höchsten Staatsgewalt schuldige Unterthanenpflicht aufgegangen. — Was bildet denn jetzt noch das Charakteristische des Bauernstandes? und ist ein solcher noch überhaupt im juristischen Sinne anzunehmen? Bei der Beantwortung dieser Fragen ist ein doppelter Gesichtspunct ins Auge zu fassen, nämlich einmal die persönliche Lage der Bauern, und dann die besondere Beschaffenheit ihres Grundbesitzes, der Bauerngüter.

Soll nun der Bauernstand in Beziehung auf seine Beschäftigung und seinen nächsten Lebensberuf näher bestimmt

werden, so läßt er sich von den Besitzern der Rittergüter und größeren Freihöfe im Allgemeinen dadurch unterscheiden, daß er den Landbau nicht bloß als Hauptgewerbe treibt, sondern daß er auch mit eigener Hand unmittelbar dabei thätig ist, und sich nicht auf die allgemeine Leitung und Beaufsichtigung des mehr fabrikmäßig geführten Betriebes beschränkt. Vor den Tagelöhnern zeichnet er sich dagegen dadurch aus, daß er die Landwirthschaft für eigene Rechnung und in der Regel auf eigenem Grund und Boden treibt, während er sich von den Ackerbürgern durch seine Wohnung auf dem Lande und seine Theilnahme am ländlichen Communalwesen im Gegensatz vom städtischen unterscheidet. Durch diese nähere Begrenzung des Bauernstandes wird freilich im Allgemeinen seine Lebensart, sein Betrieb und das ihm eigenthümliche Interesse bestimmter hervorgehoben; aber das besondere Standesrecht bekommt dadurch noch nicht seinen Inhalt: es ließen sich dieselben Verhältnisse auch unter der Herrschaft des gemeinen Landrechts in vollständiger Wirksamkeit denken. Man kann jedoch noch ein neues Moment hinzunehmen, welches, wenn es allgemein zur Anwendung käme, der Beurtheilung schon eine bestimmtere juristische Seite darböte: das ist die beschränkte Rechtsfähigkeit der Bauern bei der Abschließung ihrer wichtigeren Geschäfte, namentlich insofern sie sich auf die Verhältnisse der Familie und des Grundbesitzes beziehen, — eine Beschränkung, die theils aus der Gutsherrschaft und Voigtei, theils aus einer allgemeinen Tendenz der Staatsgewalt auf Bevormundung der Unterthanen hervorgegangen ist. Allerdings liegt darin ein Moment, welches auch für das geltende Recht noch von Bedeutung ist, aber doch kaum mehr von einer so großen und allgemein wirksamen, daß man darauf ein

eigenes Standesrecht gründen könnte. Einmal darf man nämlich nicht übersehen, daß oft, wenn die Bestätigung bäuerlicher Contracte durch die Obrigkeit nothwendig ist, keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit vorliegt, sondern nur die Neigung des Volkes zu einem strengen Formalismus seiner wichtigeren Geschäfte sich geltend gemacht hat, und also in den bestehenden Einrichtungen ein Bedürfniß befriedigt worden ist, welches alle Stände theilen, wodurch bei den Bauern aber gerade die Gerichtlichkeit der Geschäfte vorzugsweise begünstigt wird. Außerdem hat jene Beschränkung, insofern sie die Familienverhältnisse betrifft, nach Aufhebung der Leibeigenschaft und bei einer allgemeineren Anerkennung der staatsbürgerlichen Freiheit wesentlich in ihrer Bedeutung verloren; und auch in Beziehung auf die den Grundbesitz betreffenden Geschäfte ist durch die veränderte Lage des Gegenstandes Manches verändert worden. Dieser Punct ist nun noch genauer zu betrachten.

Wenn man die neueren Gesetzgebungrn, durch welche eine bessere Stellung des Bauernstandes in Beziehung auf seine agrarischen Verhälnisse bezweckt wird, beurtheilt, so pflegt man darin oft eine einseitige, wenn auch politisch nothwendige Begünstigung jenes Standes zu finden, für welche keine streng juristische Begründung gegeben werden könne. Das ist nun auf gewisse Weise auch ganz richtig; denn der durch das Herkommen festgestellte Zustand war allerdings von der Art, daß die Umwandlung desselben ein neues Recht schaffen mußte, welches dem Bauernstande im Allgemeinen die größeren Vortheile gewährt, obgleich die Ablösung der Reallasten nicht unentgeldlich, sondern nach dem Princip der Expropriation geschieht. Wenn man jedoch nicht bloß die nächste Vergangen-

heit ins Auge faßt, sondern auch die früheren Zeiten beachtet, so ergiebt sich, daß der Bauernstand auch manche arge Unbill in Deutschland erlitten hat, für welche er wohl durch eine milde Berücksichtigung seiner Bedürfnisse eine Vergütung verdiente. Ich denke hier nicht bloß an die Bedrückungen, wodurch die minder mächtigen Gemeinfreien im späteren Mittelalter um viele wichtigen Rechte an ihren Gütern und namentlich am Gemeindevermögen gebracht worden sind; auch die Bauern, welche von jeher hörig waren, sind oft in dem Recht, welches sie am Grundbesitz hatten, schmählich gekränkt worden. Wie sehr auch die Hörigkeit mit ihren Frohnden und Zinsen auf ihnen lastete, so läßt sich doch ziemlich allgemein nachweisen, daß sie eine gewisse dingliche Berechtigung an ihrem Baugut hatten, welche ihnen willkührlich nicht entzogen werden durfte. Seit dem 16. Jahrhundert aber, als die Gutsherrn den eigenen Betrieb der Landwirthschaft unmittelbar vom Hofe aus immermehr erweiterten, und die Romanisten geneigt waren, dem deutschen Colonat die römische Zeitpacht unterzubreiten, sind viele Bauernfamilien um ihr Recht gebracht worden, indem man sie eigenmächtig legte und ihren Besitz mit dem Hoffelde vereinigte. Aehnliches ist auch hie und da bei der Aufhebung der Leibeigenschaft geschehen, indem man den früher Hörigen zwar die persönliche Freiheit gab, dafür aber die auf das Baugut Berechtigten zu Tagelöhnern oder Zeitpächtern herunterdrückte.

Bedenkt man solche Ereignisse, und erwägt ferner, wie sehr „der arme Mann" durch Dienstzwang und willkührliche Belastung im Einzelnen oft bedrängt worden ist, so stellen sich die neueren Ablösungsordnungen, insoweit sie den Bauernstand begünstigen, als einen Act der in der Geschichte walten=

den Gerechtigkeit, und nicht als eine einseitige Bevorzugung heraus. Wie es sich nun aber auch damit verhalten mag, so viel steht jedenfalls fest, daß in Folge jener Gesetze und der dadurch bewirkten Aufhebung der Reallasten das Eigenthümliche des Bauernrechts, insofern es auf der besonderen Beschränkung des Grundbesitzes beruhen soll, immermehr sich verwischt, und daß vielleicht die Zeit nicht fern ist, wo in den deutschen Staaten ein solches Rechtsverhältniß nach alter Weise durchgeführt, für eine particularrechtliche Singularität gilt. Wird dann etwa auch noch zuweilen ein fester Zins auf eine Bauernhufe gelegt, so stellt sich das nach heutiger Rechtsanschauung ja kaum anders heraus, als wenn ein Grundstück für eine bestimmte Summe mit einer öffentlichen Hypothek belastet worden; an eine Gewere am ganzen Gut mit den daraus folgenden Rechten denkt jetzt in einem solchen Fall ja keiner mehr.

Der bäuerliche Grundbesitz bietet aber der juristischen Betrachtung noch eine andere Seite dar, nämlich seine Untheilbarkeit. Wir finden etwas Aehnliches auch bei Rittergütern, aber nur in Folge der Einwirkung des adeligen Familienrechts und der politischen Verhältnisse, welche sich aus dem Lehenwesen und der landständischen Verfassung herschreiben, so daß das Interesse des landwirthschaftlichen Betriebes nur einen untergeordneten Einfluß darauf ausgeübt hat. Bei den Bauerngütern hat aber gerade diese letzte Rücksicht die Untheilbarkeit vorzugsweise begründet, indem überhaupt die eigenthümliche Gestaltung des Bauernrechts mehr von dem Bedürfniß der Landwirthschaft bedingt ist, als umgekehrt diese einem allgemeineren Standesinteresse dienstbar gemacht hat. Dazu kam nun, daß die Ansprüche der Gutsherrschaft und der landes-

herrlichen Kammer am Sichersten von wohlarrondirten, geschlossenen Stellen befriedigt wurden, und daß auch das eigenthümliche Verhältniß der einzelnen Hufe zu der Gemeinde und den Gemeindegütern in dieser Sphäre eine große Stabilität des Besitzes begründeten. Das Bauernrecht bekam aber durch die Untheilbarkeit der geschlossenen Hufen zum großen Theil seine eigenthümliche Haltung, so daß die wichtigsten Rechtsinstitute unmittelbar daran geknüpft waren. Dieß gilt namentlich von der besondern Erbfolge in Bauerngüter; aber auch die Gutsabtretung mit Altentheil und die Interimswirthschaft hängen nahe damit zusammen, wenn sie auch ursprünglich aus der Nothwendigkeit, daß in der bäuerlichen Oeconomie ein tüchtiger Wirth an der Arbeit selbst Theil nehmen muß, hervorgegangen sind. — In neuerer Zeit ist nun bekanntlich von verschiedenen Seiten her die freie Theilbarkeit des bäuerlichen Grundbesitzes verlangt worden, während man umgekehrt von einem andern Standpuncte aus darin nur Unheil und Verderben erblickt hat. Ohne auf diesen Streit, der so ganz allgemein, ohne Rücksicht auf die besondere Bodencultur und Landesverfassung nicht wohl entschieden werden kann, hier näher einzugehen, ist nur die Thatsache festzuhalten, daß in vielen Gegenden wirklich der geschlossene bäuerliche Grundbesitz gesprengt worden ist, und daß es wahrscheinlich immer häufiger geschehen wird, je weniger ein specielles Interesse der Gutsherrschaft und auch der Finanzen, welche sich immermehr den indirecten Abgaben zuwenden, gegen ein solches Verfahren ankämpft. Damit geht denn aber wieder eine wichtige Eigenthümlichkeit des Bauernrechts verloren. — Eine andere Ursache, welche dasselbe Ergebniß herbeiführt, ist darin zu suchen, daß durch die jetzt so häufige Auftheilung der Gemeindegüter das

ländliche Communalwesen seinen ursprünglichen Haltpunct verliert.

Die Bauerngemeinde ist, wenigstens in vielen Gegenden, aus der Markengenossenschaft hervorgegangen, so daß die Stellung des Einzelnen in der Gemeinde wesentlich von seiner Berechtigung an der Allmende bedingt wurde. Ist es nun auch nicht zu billigen, wenn da, wo dieses Verhältniß noch thatsächlich begründet war, die neueren Communalordnungen keine Rücksicht darauf genommen, sondern nach abstracten Grundsätzen das Gemeindewesen geordnet haben; so ist doch auch so viel klar, daß, wenn jene alten Zustände entweder allmälig verkommen, oder durch eine Separation der Feldmark beseitigt worden sind, sie nicht mehr dazu dienen können, die Grundlage für eine tüchtige und organische Gestaltung der Bauernschaften abzugeben. Durch diese Veränderungen, welche nichts Willkührliches, sondern nur eine Folge der allgemeinen Umgestaltung der Landwirthschaft gewesen sind, ist nun aber eine Reform der Landgemeinden vorbereitet worden. Denn sie haben dadurch den ihnen noch anhängenden privatrechtlichen Charakter verloren, und sind einer höheren Ausbildung im Sinne der politischen Organisation um Vieles zugänglicher gemacht. Namentlich ist dadurch die Durchführung einer größeren Rechtsgleichheit für die ganze ländliche Bevölkerung, die ja immermehr einen gemischten Charakter bekommt, sehr erleichtert worden; denn wenn auch in Betreff der agrarischen Verhältnisse die Grundbesitzer und namentlich die Vollbauern als vorzugsweise interessirt erscheinen, und stets auf gewisse Weise den Kern der Gemeinde ausmachen werden, so fehlt es doch auch nicht an Beziehungen, welche eine allgemeinere Theilnahme an den Angelegenheiten derselben wünschenswerth machen. Will

man aber auch nur diejenigen, welche ein bestimmtes Landeigenthum in der Feldmark haben, zur politischen Berechtigung in der Gemeinde zulassen, so muß doch, wenn das alte Maaß verloren gegangen ist, ein neues, den bestehenden Verhältnissen entsprechendes aufgefunden, oder das alte muß, wenn es nicht mehr genügt, auf eine zeitgemäße Weise umgeändert werden. Aber gerade hierin liegt zum großen Theil die Schwierigkeit, welche einer Regeneration des ländlichen Communalwesens entgegensteht. Es ist nicht bloß zu bestimmen, welche Rechte die Landgemeinde ausüben soll, sondern auch, wie sie zu organisiren ist, und namentlich, aus welchen Elementen man sie zusammensetzen will. Dabei steht sich denn das Interesse der Gutsherrn und der Bauern oft schroff entgegen, wenigstens insofern jene eine Exemtion von der Gemeinde und vielleicht gar eine Bevormundung derselben in Anspruch nehmen; und überhaupt ist die große Umwandlung der agrarischen Verhältnisse, die seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in Deutschland begonnen hat, in den meisten Ländern noch gar nicht zum Abschluß gekommen.

Wir stehen noch mitten in der Bewegung, deren welthistorische Bedeutung oft auf eine merkwürdige Weise verkannt wird.

Fassen wir das Gesagte nun noch einmal kurz zusammen, so läßt sich im Allgemeinen behaupten: daß auch der Bauernstand mit seinem besonderen Rechte in neuerer Zeit Vieles von seiner Eigenthümlichkeit verloren hat, ja daß er in den wichtigsten Beziehungen den übrigen gemeinfreien Staatsbürgern gleichgestellt worden ist. Dieser Entwicklungsproceß wird denn in seinem weiteren Verlaufe dahin führen, daß auch die noch

bestehenden Ueberreste schon veralteter Zustände einer neuen Rechtsbildung weichen müssen. Die Gutsobrigkeit namentlich, insofern sie nicht als Dienstherrschaft auftritt, und die Patrimonialgerichtsbarkeit werden vor dem herrschenden Princip des Staates und der freien Gemeinde verschwinden. Daß aber der Bauernstand noch immer in einer mehr eigenthümlichen und abgeschlossenen Haltung dasteht, als andere Classen der Bevölkerung, das erklärt sich theils aus seiner Beschäftigung und äußeren Lage, theils aber auch aus seiner besonderen Natur und Gemüthsart.

Im Allgemeinen hängen die Bauern an dem Hergebrachten und Alten, wenn sie auch keine Neuerung scheuen, welche ihrem klar erkannten Interesse dient; die Familien vermischen sich nur selten mit solchen aus andern Ständen, und selbst bei einem durch die Umstände gebotenen Wechsel des Besitzes kommt nicht leicht ein fremdes Element in ihre Reihen. Daher hat sich, wie auch die äußern Verhältnisse sonst verändert seyn mögen, gerade hier noch Vieles von alter Sitte und Art erhalten, dessen Kunde für die richtige Beurtheilung des wirklich Bestehenden oft wichtiger ist, als das Studium der positiven Gesetze. Auch wird sich ohne Zweifel aus den neu begründeten Verhältnissen unter günstigen Umständen wieder manche eigenthümliche Rechtsbildung entwickeln, sobald für besondere Institute ein bestimmtes Bedürfniß vorliegt, und das gemeine Landrecht zu deren Befriedigung nicht ausreicht. Denn es fehlt gerade in diesem Kreise noch am Wenigsten an der natürlichen Kraft und Begabung, durch welche auf dem Wege der unbewußten Entwicklung das Angemessene und Billige zur bindenden Norm umgewandelt wird.

III. Der Bürgerstand.

Wir haben es hier nicht mit dem Staatsbürgerthume zu thun, noch mit dem sogenannten dritten Stande im Gegensatz zu den beiden bevorzugten Classen des mittelalterigen Feudalwesens. Der Bürgerstand, von dem hier die Rede, ist der städtische, wie er sich aus dem städtischen Gemeinwesen und dem gewöhnlichen Betriebe städtischer Gewerbe herausgebildet hat. In dieser bestimmten Erscheinung ist das Bürgerthum ein Product des späteren Mittelalters, und hängt mit der besondern Gestaltung der Stadtverfassung im Gegensatz zu der Ritterschaft und den Landgemeinden nahe zusammen; seine letzte Entwicklung ist namentlich in der Zeit zu suchen, als es den Handwerkerinnungen fast allgemein gelang, die Herrschaft der Geschlechter und der Kaufherren zu stürzen, oder doch neben ihnen in selbständiger Berechtigung sich bei dem Stadtregimente zu betheiligen. Denn nun ging der Genuß der Freiheitsrechte, welche die städtische Verfassung gewährte, auf die ganze Bürgerschaft über, und diese strebte in ihrem einseitigen Interesse nach einer ausschließlichen Ausübung ihrer Gewerbe, wodurch die Trennung von Stadt und Land erst recht ausgebildet und befestigt ward. Aber auch diese Verhältnisse sind den mächtigen Einwirkungen der modernen Zeit nicht entgangen, und die Alles erfassende Kraft des Staates so wie der große Umschwung, der im Handel und in der Industrie statt gefunden, haben die wichtigsten Veränderungen hervorgerufen.

Die besonderen Corporationsrechte, in welche die städtische Gemeinde früher ihre Ehre und ihre Sicherheit setzte, haben in der neuesten Zeit, welche ein würdig ausgestattetes Communalwesen als eine organische Gliederung des Staates mit einer allgemeinen Wirksamkeit in Anspruch nimmt, schon Vieles von

ihrer Bedeutung verloren, und werden es immer mehr thun. Steht aber auch jetzt noch die Stadtgemeinde in einer bevorzugten Haltung da, so ist es doch nicht gerade der Bürgerstand im engeren Sinne, der sich darin ausschließlich vertreten sieht. Denn die Städte umschließen jetzt mehr wie je eine sehr gemischte Bevölkerung, von der ein bedeutender Theil ohne alle Beziehung zum städtischen Gewerbe steht, während er doch gerade durch Intelligenz, Bildung und Reichthum für die Commun von der größten Bedeutung ist, und namentlich wenn er den entsprechenden Grundbesitz erworben hat, auch thätig in das öffentliche Wesen eingreifen kann, falls hier nicht eine veraltete Verfassung engherzige Beschränkungen macht. Diesem Theile der Bevölkerung sehr nahe stehen die Kaufleute, welche bei dem größeren Handelsverkehr betheiligt sind, und ihre Geschäfte nicht auf die Stadt und deren nächste Umgebung beschränken. Die Handwerker dagegen sind theils durch die Einführung der Gewerbefreiheit unter das gemeine Recht der Gegenwart gestellt, welche die freie Concurrenz der Arbeit will; oder wo sie noch ihre alten Privilegien zum großen Nachtheile des Gemeinwesens bewahrt haben, da sehen sie sich vielfach von der Fabrikation überflügelt oder abhängig gemacht, und in dieser liegt jedenfalls eine Bestimmung, welche über die früher hergebrachten Grenzen des bürgerlichen Gewerbes hinausragt. Zu diesem Allen kommt nun noch der Umstand hinzu, daß die verschiedenen Bestandtheile der Bevölkerung im Staate immer mehr zusammen fließen, und daß namentlich die scharfe Grenze zwischen Stadt und Land immermehr verwischt wird. Es giebt einmal eine große Anzahl kleinerer Landstädte, in denen der Ackerbau überwiegt, und ein dürftiges Gewerbewesen nur die wenig lohnende Nebenbeschäf-

tigung der Hauswirthe ist. Solche Ortschaften, die meistens nur mit Mühe die Last einer eigenen, verhältnißmäßig kostspieligen Verwaltung tragen, werden jetzt durch das früher werthvolle Stadtrecht sehr beschwert, und es würde ihnen sowohl als dem Staate am Besten damit gedient seyn, wenn sie in die Ordnung der Flecken oder Dörfer zurücktreten könnten. Der Landmann dagegen strebt bei erhöhter Freiheit und verbessertem Wohlstande immermehr nach städtischen Gebräuchen und Gewerben; der reiche Handelsstand kommt durch den Erwerb von Landgütern, durch Heirathen zwischen der Geburts- und Geldaristokratie der Ritterschaft immer näher zu stehen, und die Fabrikation endlich bindet sich nicht an das städtische Weichbild, sondern geht den Orten nach, wo Wasserkraft und wohlfeile Handarbeit zu finden ist. Bedenkt man nun, daß die Landgemeinde durch Theilung der Gemeindegüter, die Stadtgemeinde aber durch die Aufhebung oder das Herabkommen des Zunftwesens immer mehr von ihrer Eigenthümlichkeit verlieren, und daß gewisse Interessen, auch wenn sie sich nicht unmittelbar auf das Staatsganze beziehen, doch einen gemeinschaftlichen Charakter an sich tragen, so ist eine allmälige Ausgleichung und Annäherung zwischen Stadt und Land fast nothwendig gegeben. Ja wo der Grundbesitz frei veräußerlich und theilbar, und neben einer vollen Gewerbefreiheit eine blühende Fabrikation besteht, da wird, wenigstens für gewisse allgemeine Beziehungen, die gleichmäßige Ausbildung des Gemeindeverbandes nur natürlich erscheinen. Verlangen aber auch die agrarischen Verhältnisse der Landgemeinde im Gegensatz zu dem in den Städten concentrirten Gewerbe ihre selbständige Vertretung, so gestattet doch jedenfalls die höhere Gliederung des Communalwesens in Kreisen, Provinzen u. dgl. eine ge-

meinschaftliche Organisation, in welcher die verschiedenen Interessen neben einander zur Geltung kommen, und in dem gemeinsamen Ziele ihre Ausgleichung und Vereinigung finden.

Soll also von einem besonderen Rechte des Bürgerstandes die Rede seyn, so muß dasselbe seinen Schwerpunct anderswo als in der städtischen Gemeinde haben. In dem Privatrecht, Criminalrecht, Proceß u. s. w. ist er aber auch nicht zu suchen; denn was sich in dieser Beziehung im Laufe der Zeiten statutarisch entwickelt hat, ist entweder vor der modernen Gesetzgebung gefallen, oder trägt doch keine natürliche Lebenskraft mehr in sich. Höchstens können Modificationen einzelner Rechtstheile, z. B. des ehelichen Güterrechts, hier frei gestellt werden, ohne daß dadurch auch nur dem gemeinen Landrecht ein wesentlicher Abbruch zu geschehen brauchte. Soll in dieser Sphäre also noch ein selbständiges Ständerecht gelten, so muß es im städtischen Gewerbe begründet seyn; aber hier reicht eine allgemeine Betrachtung nicht aus. Noch mehr fast, wie Ritterschaft und Bauern, scheidet sich der Handwerker vom Fabrikanten und von beiden wieder der Kaufmann; dieser Unterschied muß festgehalten werden, wobei aber zugleich wiederholt darauf aufmerksam zu machen ist, daß namentlich der Fabrikant nicht an die Stadt gebunden erscheint.

1. Das Recht der Handwerker und Fabrikanten. Es gab eine Zeit, in welcher die corporative Verfassung der Gewerke in ihrer zunftmäßigen Ausbildung eine tiefe Bedeutung hatte, und unmittelbar aus dem Volksleben herausgewachsen, dem städtischen Bürgerthum einen kräftigen Haltpunct gewährte. Das Bedürfniß führte zu diesen genossenschaftlichen Vereinen, welche dem Gewerbe Würde und Kraft verliehen, die kunstfertige Betreibung derselben förderten

und auf eine einflußreiche Stellung in der städtischen Verfassung einen wohlbegründeten Anspruch hatten. Es ist nichts ehrenhafter, als die deutsche Handwerkerzunft zur Zeit ihrer Blüthe, da sie die Anforderungen der Industrie noch befriedigte, und in ihrem Kreise Gewerbfleiß mit einem tüchtigen Bürgersinn und einem würdigen Familienleben verbunden war. Auch heute noch sind nicht alle Spuren der früheren Zustände verwischt, und der Meister, welcher nach den verschiedenen Seiten seiner Wirksamkeit hin seine Stellung tüchtig ausfüllt, gehört zum Kern des städtischen Mittelstandes. Aber mit dem eigentlichen Wesen des alten Handwerkerrechts ist es doch vorbei: die Zunftverfassung in ihrer Abgeschlossenheit und ausschließlichen Berechtigung, welche ursprünglich ein so natürliches und gesundes Lebensprincip in sich trug, ist unter den veränderten Verhältnissen der neueren Zeit zu einer lästigen Beschränkung der Industrie geworden, welche, wie jede gereifte Kraft, vor Allem der freien Bewegung bedarf, und wenn sie auch in bestimmten Formen ihr weises Maaß finden kann, dieses nicht aus einer entschwundenen Zeit in abgestorbenen Instituten herübernehmen darf. Die Staatsgewalt, das Wohl der Gesammtheit im Auge haltend, hat, wenn ihr die nöthige Energie beiwohnt, diese Fesseln zu brechen, sollte es auch ohne eine augenblickliche Verletzung des Privatrechts nicht geschehen können; dagegen wird sie die Ausbildung genossenschaftlicher Vereine in zeitgemäßer Form unter den Gewerken billig begünstigen, weil sich darin nur der Associationsgeist mit seinen heilsamen Folgen bethätigen kann. — Nun ist freilich die Zunftverfassung noch bei weitem nicht in ganz Deutschland aufgehoben; aber wo sie noch in alter Weise vorkommt, kann sie keinen Anspruch mehr darauf machen, ein Institut des le-

bendigen Volksrechts zu seyn: sie ist, wenn auch verbrieft und versiegelt, zu einem bloßen Gewohnheitsrecht heruntergesunken. Und wie dürftig und unbedeutend sind auch die Rechtsverhältnisse, die sich gegenwärtig in dieser Sphäre darstellen: ein todtes Formenwesen, ohne frische Kraft und inneres Leben, kaum unterbrochen durch ärgerliche Competenzstreitigkeiten der einzelnen verwandten Zünfte unter einander oder durch ein kleinliches Ueberwachen der Pfuscher und Landhandwerker, stets bedroht durch die Anforderung der Mitbürger auf freie Concurrenz und durch die Uebermacht der Fabrikation.

Die Fabrikanten dagegen verfolgen ein bestimmtes und gemeinschaftliches Interesse, welches sich vorzugsweise im Gegensatze zu dem der Landwirthe geltend macht. Erst in neuester Zeit ist man in Deutschland der richtigen Einsicht näher gekommen, daß zuletzt doch diese scheinbar so getrennten Interessen in dem höheren Ziele der nationalen Kraft und Wohlfahrt ihre Vereinigung finden; aber noch besteht der Kampf, und ganz kann er der Natur der Verhältnisse nach nie aufhören. Hier die weise Vermittlung, auch in der Landesverfassung durchzuführen, ist die Aufgabe der staatsmännischen Weisheit, welche bei der Berücksichtigung des Theiles stets das Ganze im Auge behält. Aber zu einem eigenen Stande der Fabrikanten hat man es doch nicht gebracht, und dazu wird es auch nicht kommen, wenn auch an und für sich, wenigstens in Staaten, wo die Industrie dauernd und solide begründet worden, dazu dieselbe Veranlassung gegeben ist, als etwa für die Abschließung der großen Grundbesitzer in einem Stande der Ritterschaft. Denn die moderne Zeit widerstrebt überhaupt dem gesonderten Ständewesen, und die Fabrikanten so wenig wie die Kaufleute machen einen Anspruch darauf, sich dem Staats-

bürgerthume in einer selbständigen Haltung gegenüber zu stellen. Was sich aber etwa als ein eigenes Recht der Fabrikanten herausstellt, das haben sie fast ganz mit den Kaufleuten gemein, indem manche Institute des Handelsrechts, welche sich nicht auf den streng kaufmännischen Verkehr beziehen, auch ihnen zu Gute kommen.

2. Das Recht der Kaufleute. Insofern dieses einen eigenthümlichen Charakter an sich trägt, ist es im Handelsrecht enthalten; denn außerhalb seines Geschäftsverkehrs ist der Kaufmann dem gemeinen Landrecht unbedingt unterworfen. Im heutigen Handelsrecht aber, welches hier im weiteren Sinn mit Einschluß des See- und Wechselrechts genommen wird, zeigt sich freilich Alles voller Leben und Frische, wie es von einer Zeit zu erwarten ist, in welcher Industrie und Verkehr einen so unerhörten Aufschwung genommen haben, und mit ihren guten und schlimmen Folgen das ganze Volksleben durchdringen, so daß selbst der Grundbesitz bedroht ist, als Waare in den Kreis der kaufmännischen Speculation gezogen zu werden.

Daß wir es nun beim Handelsrecht mit einem lebendigen, unmittelbar aus dem Geschäftsverkehr hervorgegangenen Volksrechte zu thun haben, steht für den Kundigen außer Frage: das römische Recht, die Gesetze, das Juristenrecht und bloße Gewohnheiten sind für das gemeine Handelsrecht nur Quellen von untergeordneter Bedeutung; es ist vielmehr in den Rechtsverhältnissen selbst enthalten, und will aus dem Leben erkannt werden. Hier finden sich die leitenden Principien, welche der geschäftskundige Mann in unmittelbarer Anschauung mit Sicherheit anwendet, und der Jurist nur zur consequenten

Deduction zu benutzen und für besondere Fälle in die rechte Beziehung zu den positiven Gesetzen und zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bringen hat. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Handelsrecht ein durchaus anomalisches Recht sey. Es zeigen sich hier vielmehr Principien von einer ganz selbständigen Bedeutung wirksam, welche nur deswegen eine beschränktere Geltung haben, weil an dem Verkehr, worauf sie sich beziehen, nicht die ganze Bevölkerung Theil nimmt. Doch beschränkt sich derselbe auch nicht ausschließlich auf die Kaufleute. Es ist schon bemerkt worden, daß manche Institute des Handelsrechts auch für die Fabrikanten von Wichtigkeit sind; der Gutsbesitzer, welcher seine Producte absetzt, wird gleichfalls in diesen Kreis hineingezogen, wenn auch schon der Umstand, daß er keine kaufmännische Buchführung hat, für ihn wesentliche Modificationen nöthig macht; das Seerecht erfaßt in wichtigen Beziehungen auch den Schiffer und das Schiffsvolk; in manchen Gegenden an der Seeküste sind die Landleute ihre eigenen Rheder und Commissionäre, und treiben, wenn auch meistens nur im Kleinen, Handelsgeschäfte mit ihren Producten; am Wechselgeschäft nimmt, wenn auch in beschränkter Weise, täglich eine große Zahl von Personen aus allen Classen Antheil, und der Capitalist endlich kann als stiller Gesellschafter oder als Inhaber von Actien und Schiffsparten ohne alle Kunde der kaufmännischen Geschäfte doch dabei betheiligt seyn. Betrachtet man die Sache unter diesem Gesichtspuncte, so braucht man es nicht für eine Inconsequenz der französischen Gesetzgebung zu halten, wenn sie, obgleich allem Ständeunterschiede feindlich, doch das Handelsrecht und die Handelsgerichte in ihrer selbständigen Geltung anerkannt

hat; und in England, so viel ich weiß, gehen diese Institute ganz in das common law auf, welches eben nur nach dieser Seite hin seine besondere Ausbildung erhalten hat. — Will man das Handelsrecht daher ein Standesrecht der Kaufleute nennen, so ist dieß doch nur in einem sehr beschränkten Sinne zu nehmen; denn keine ausschließliche Berechtigung macht es dazu, sondern allein der thatsächlich begründete Umstand, daß die Kaufleute sich vorzugsweise und in einigen Beziehungen ausschließlich desselben bedienen, und daß es folgeweise durch sie und ihre Geschäfte seinen eigenthümlichen Charakter erhalten und bewahrt hat.

Es kann aber noch besonders zur Frage kommen, ob das Handelsrecht nur überhaupt als ein Volksrecht aufzufassen ist, und ob es nicht vielmehr als ein Völkerrecht im Sinne des römischen jus gentium betrachtet werden muß. Schon im 2. Kapitel ist hierüber im Allgemeinen gehandelt und gezeigt worden, daß das Volksrecht nicht nothwendig ein ausschließlich nationales zu seyn braucht. Doch kommen hier freilich noch besondere Momente in Betracht. Es ist nämlich ein Unterschied, ob sich bei verschiedenen Völkern unter dem Einfluß derselben Bedürfnisse und bei übereinstimmenden Verhältnissen gewisse Rechtsinstitute gleichartig, aber doch in einer selbständigen Entwicklung ausgebildet haben, oder ob der Geschäftsverkehr, der im Welthandel die verschiedenen Völker zusammenführt, das Recht als sein unmittelbares Product hervorruft, und die einzelne Nation sich nur als einen der großen Factoren dieser Rechtsbildung darstellt. Und in der That verhält es sich also mit dem Handelsrecht in seiner ganzen Composition und seinen wichtigsten Instituten, so daß die besondere

Gestaltung desselben bei den einzelnen Völkern nur als eine Modification der allgemeinen Rechtsideen der gebildeten Welt erscheint. Indessen darf man doch auch hier dieser bestimmten Ausprägung des Allgemeinen in seiner nationalen Erscheinung keine zu geringe Bedeutung beilegen. Denn theils sind doch die Verschiedenheiten, welche darin bei den einzelnen Völkern vorkommen, nicht gering; theils aber nimmt das Handelsrecht in seiner speciellen Beschränkung den Charakter eines wahren Volksrechts an, indem es sich bei dem Handelsstande eines bestimmten Volkes in unmittelbarer Geltung festgesetzt, mit diesem sich gewissermaaßen identificirt hat, so daß es in dessen Bewußtseyn selbständig existirt, und in das fremde Recht nicht aufgeht, wenn es auch in demselben sich im Wesentlichen wiederholt, und in manchen Stücken daraus ergänzt werden kann. Da nun das gemeine deutsche Handelsrecht von einer solchen Beschaffenheit ist, daß es in seiner Eigenthümlichkeit und selbständigen Haltung eine entschieden nationale Färbung an sich trägt, so dürfen wir es auch als einen integrirenden Theil unseres gemeinen Rechts betrachten, wie das auch von anderen Völkern geschieht, welche in der allgemeinen Bewegung des Welthandels doch ihrer eigenen Persönlichkeit auch in dieser Beziehung sich bewußt bleiben. Das nationale Element des deutschen Handelsrechts zeigt sich aber nicht bloß in der Modification einzelner Institute, sondern auch in ganz eigenthümlichen Rechtsbildungen, wie denn z. B. der deutsche Buchhandel in voller Selbständigkeit sich entwickelt hat. Ueberhaupt aber ist das Handelsrecht den Deutschen nicht von Außen her fertig zugetragen worden, sondern sie haben selbst an der Ausbildung desselben thätigen Antheil genommen; das zeigt die allgemeine Geschichte des Handels, und ergiebt sich auch

aus einzelnen quellenmäßigen Zeugnissen, welche bis ins 12. Jahrhundert hinauf verfolgt werden können *).

---

*) In der Verfassungsurkunde, welche Conrad von Zähringen im Jahre 1120 der Stadt Freiburg im Breisgau ertheilte, kommt folgende Stelle vor, welche fast wörtlich in die Handfeste der Stadt Bern von 1218 übergegangen ist: **Si quando disceptatio vel questio inter burgenses meos orta fuerit, non secundum meum arbitrium vel rectoris eorum discucietur.** ***Sed pro consuetudinario et legitimo jure omnium mercatorum precipue autem Coloniensium examinabitur judicio.*** — In dieser ältesten Verfassungsurkunde von Freiburg kommt keine andere Beziehung auf das Recht von Kölln und namentlich keine auf die Verfassung dieser Stadt vor; so daß die auf einen weniger deutlichen Ausdruck des späteren Stadtrodels begründete Ansicht von einer Uebertragung der Köllner Stadtverfassung auf Freiburg mit den daraus hergeleiteten Folgerungen sich wohl als ganz unhaltbar herausstellt. Die **jura Colonie** des Stadtrodels bezeichnen eben das zu Kölln geltende Handelsrecht.

Achtes Kapitel.

Das Volksrecht in seinem Verhältnisse zur Gesetzgebung.

Die Frage, in welchem Verhältniß das Volksrecht zur Gesetzgebung steht, ist schon früher (im 2. Kap.) beiläufig erörtert worden. Es ward angenommen, daß sich die Gesetzgebung selbst bei einer ganz normalen Rechtsbildung nicht nothwendig auf eine bloß nachhelfende und ergänzende Thätigkeit zu beschränken brauche, sondern daß sie auch, das Recht im Geiste der Nation entwickelnd, einen selbständigen schöpferischen Einfluß geltend machen könne. Eine besondere Bedeutung ward ihr aber für den Fall beigelegt, wenn sich die Nothwendigkeit einer durchgreifenden Reform des ganzen Rechtswesens zeigt, so daß es nicht bloß auf die Befestigung und Fortbildung des Volksrechts ankommt, sondern durch die Wegräumung der bestehenden Hindernisse einer nationalen Rechtsentwicklung überhaupt erst freie Bahn gemacht werden muß. — Ich knüpfe hier an jene Erörterung wieder an, um sie mit besonderer Rücksicht auf den gegenwärtigen Rechtszustand in Deutschland weiter zu führen, — ohne Anspruch freilich auf eine erschöpfende Behandlung des eben so schwierigen als wichtigen Gegenstandes, sondern nur in der Absicht, einige der wichtigsten Puncte, auf welche es dabei ankommt, hervor zu heben, und zur Verständigung über die ganze Frage einen Beitrag zu liefern.

Betrachtet man nun unbefangen den Zustand des gegenwärtigen deutschen Rechtswesens, so ergiebt sich wohl so viel,

und darüber sind auch alle, denen in diesen Sachen ein Urtheil zusteht, einverstanden, daß die Gesetzgebung hier noch eine weite und schwierige Aufgabe vor sich habe. Der Grund davon ist in der mangelhaften Beschaffenheit des gemeinen sowohl als des particulären Rechtes zu suchen, und diese erklärt sich wieder aus dem gehemmten und gestörten Entwicklungsgange, welchen das deutsche Volk während der letzten Jahrhunderte in seinen nationalen und politischen Beziehungen genommen hat. Das gemeine Recht ist seinem ganzen Wesen nach und in seinen Hauptbestandtheilen unter dem vorherrschenden Einfluß der Juristen ausgebildet worden, welche es aber nicht vermocht haben, dasselbe in Beziehung auf seinen materiellen Inhalt und auf seine formelle Gestaltung so, wie es das Bedürfniß des Volkes erheischte, festzustellen. Namentlich herrscht das römische Recht darin noch auf eine ganz unziemliche Weise vor, und auch die Verbindung desselben mit dem deutschrechtlichen Elemente zu einer höheren, organischen Einheit ist bis jetzt nicht gelungen. So erscheint es oft zweifelhaft, von welcher Seite her die Normen für die Beurtheilung bestimmter Rechtsverhältnisse zu entnehmen sind, und durch das ganze gemeine Recht zieht sich ein Dualismus hindurch, welcher dem richtigen Verständniß und der sicheren Anwendung desselben hindernd entgegen tritt. — Noch größer aber und gefährlicher ist die Verwirrung, welche in dem particulären Rechte herrscht. Die Entstehung desselben reicht zum großen Theile in die Zeiten hinauf, wo die heutige Abgrenzung der deutschen Staatsgebiete noch nicht festgestellt war, sondern die einzelnen politischen Bezirke, die jetzt meistens nur eine provinziale oder locale Bedeutung haben, einer gewissen Selbständigkeit sich erfreuten. Diese machte sich nun, namentlich im **16.** und **17.**

Jahrhundert dadurch geltend, daß man der damaligen gemeinrechtlichen Theorie gegenüber, das einheimische Recht in seiner particulären Geltung durch die Gesetzgebung oder die Autonomie zu bewahren suchte, wodurch denn eine große Anzahl einzelner Landes- und Statutarrechte hervorgerufen wurden. Schon im Allgemeinen ist diesen speciellen Rechtsquellen, welche in den meisten deutschen Staaten in wunderlichen Verschlingungen neben einander herlaufen, kein zu großer Werth beizulegen; es sind großen Theils sehr unvollkommene Arbeiten, denen man die geringe Ausbildung, welche zur Zeit ihrer Abfassung die Kunst der Gesetzgebung erlangt hatte, deutlich ansieht, — oft voll von Willkührlichkeiten und Mißverständnissen, ohne eine tiefere Beziehung zu dem noch vorhandenen Volksrecht. Sind aber auch manche dieser Gesetzgebungen von höherem Werth, und haben sie auch überhaupt als ein Damm gegen das römische Recht einen nicht geringen Nutzen geleistet, so ist doch gegenwärtig, wo das einheimische Recht in seiner selbständigen Haltung anerkannt wird, ihre Bestimmung als erfüllt anzusehen. Ja sie treten jetzt einem freieren Rechtsleben hindernd entgegen, weil sie den modernen Rechtsverhältnissen nicht mehr entsprechen, und auch mit der fortgeschrittenen Theorie des gemeinen Rechts nicht mehr übereinstimmen. — Aehnlich wie mit diesen Gesetzgebungen verhält es sich mit den älteren landesherrlichen Verordnungen, welche oft, obgleich sie äußerlich noch gelten, mit der heutigen Gestaltung des öffentlichen Wesens kaum zu vereinigen sind; als aber mit dem Verfall der alten landständischen Verfassung die Gesetzgebung ausschließlich in die Hände des Landesherrn, oder, wie sich die Sache meistens thatsächlich gestaltete, der Beamten kam, da brach eine wahre Sündfluth von zum Theil sehr un-

reifen Gesetzen über Deutschland ein, welche auch namentlich, bei der mangelhaften Organisation der gesetzgebenden Gewalt, den Nachtheil brachte, daß sich die Grenze zwischen der Rechtspflege und der Verwaltung immermehr verwischte, und die Regulirung der Verhältnisse vom Standpunct einer bloß polizeilichen Betrachtungsweise aus vorzugsweise das leitende Princip der Regierungen ward.

So ist es gekommen, daß fast jeder deutsche Staat, auch der kleinste, eine Gesetzsammlung aufzuweisen hat, vor deren Umfang die wenigen organischen Gesetze großer und mächtiger Reiche beschämt zurückstehen müssen; daß aber auch diese Masse meistens als ein todter unorganischer Klumpen da liegt, bei aller Weitläuftigkeit und allem Detail unvollendet und fragmentarisch, ohne bestimmt ausgeprägte Principien und innere Einheit, oft selbst im Einzelnen ohne die sichere Beglaubigung der gesetzlichen Sanction. Daher erklärt es sich, daß das Studium der Particularrechte so schwierig und oft so wenig lohnend ist; ja wenn man die sehr tüchtigen Arbeiten, welche namentlich in neuester Zeit auf diesem Gebiet geliefert sind, betrachtet, so besteht ihr Verdienst oft mehr darin, daß sie, wenn auch vielleicht unbewußt, die Schwäche und Unhaltbarkeit der vorhandenen Zustände nachgewiesen, als in dem, was sie wirklich zum Verständniß des geltenden Rechts beigetragen haben. Leider beschränken sich diese Arbeiten auch fast immer nur auf das geschriebene Particularrecht, so daß man über das eigentliche Volksrecht, wie es noch in der Sitte und den Lebensverhältnissen sich ausspricht, so gut wie gar keinen Aufschluß erhält. — Wo nun aber das Particularrecht nicht ausreicht, da kommt das gemeine Recht zur Anwendung. Allein auch dieses hat, wie schon erwähnt, seine großen Schwächen, und

betrachtet man es namentlich in seiner Bedeutung als subsidiäres Recht, so stellt sich der schlimme Uebelstand heraus, daß in Folge der eigenthümlichen Satzungen des particulären und der davon unabhängigen Fortbildung des gemeinen Rechts zwischen beidem keine innere organische Verbindung besteht. Ist daher die Lehre der älteren Theorie, jedes Statut sey möglichst nach dem römischen Recht zu interpretiren und zu ergänzen, gegenwärtig auch für beseitigt zu halten, so setzt es doch oft eine schwierige rechtshistorische Untersuchung voraus, um nur zu bestimmen, ob für ein Statut deutsches oder römisches Recht, und ferner welches Princip des deutschen Rechts, aus welcher Periode seiner Entwicklung die ergänzende Norm zu liefern hat. Wie es bei einem solchen Stande der Sachen mit der Rechtssicherheit und überhaupt mit der Rechtspflege in Deutschland bestellt ist, läßt sich leicht denken; um diesen Uebelständen aber gründlich abzuhelfen, bedarf es einer durchgreifenden Reform, welche nicht bloß die einer zeitgemäßen, nationalen Rechtsbildung entgegenstehenden Hindernisse entfernt, sondern auch neue, dem Bedürfniß entsprechende Schöpfungen hervorruft.

Fragt man nun, welches denn die Mittel und Wege sind, die dem deutschen Volke für ein solches Werk zu Gebote stehen, so wird dazu ein vereinzeltes Unternehmen, eine beschränkte Anwendung der vorhandenen Kräfte nicht ausreichen; es ist ein allgemeiner nationaler Aufschwung, die auf das gemeinsame Ziel hin gerichtete Bewegung aller Factoren der Rechtsbildung nöthig, um etwas Würdiges für die Dauer zu erreichen. Diese Factoren sind aber: das Volksleben, die Wissenschaft und die Gesetzgebung; in ihrer vereinten Wirksamkeit ist die Kraft vorhanden, welche eine Regeneration unseres Rechts-

wesens zu Stande bringen kann; vereinzelt wird keine zum Ziele kommen. Die Gesetzgebung aber ist vor Allem darauf angewiesen, durch Wegschaffung des Unorganischen, Unpassenden und Veralteten dem ganzen Entwicklungsproceß eine freie Bahn zu bereiten, die Rechtsinstitute, welche das Volksleben und die Wissenschaft ausgebildet haben, zu befestigen und zu vollenden, und endlich mit freier, schöpferischer Kunst Neues hervorzurufen und zu begründen. Ist ihr aber diese Aufgabe im Allgemeinen mit Bestimmtheit zu vindiciren, so kann es doch geschehen, daß wieder darüber verschiedene Ansichten bestehen, in welchem Umfange und bis zu welchem Grade sie thätig einzugreifen hat, — ein Streit, der in mancher Hinsicht mehr noch durch die gegebenen Verhältnisse, als durch eine allgemein gültige Beweisführung seine Erledigung finden wird. Wie es sich nun in dieser Beziehung mit der Aufgabe der Gesetzgebung in Deutschland verhält, und auf welche Weise man dieselbe auffassen und näher bestimmen kann, das soll hier in der Kürze angedeutet werden.

1. Das kühnste und großartigste Unternehmen wäre nun ohne Zweifel dieses, wenn der ganze in Deutschland vorhandene Rechtsstoff einer Revision unterzogen, und in freier, principienmäßiger Durchbildung durch einen großen, constituirenden Act der Gesetzgebung geordnet und festgestellt würde. Bei diesem Werke, welches man mit dem Ausdruck Codification zu bezeichnen pflegt, würde es denn vor Allem darauf ankommen, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die einzelnen Rechtsinstitute in ihren leitenden Principien klar und bestimmt hinzustellen, und nur da, wo es für die Rechtssicherheit durchaus nöthig wäre, wie im Proceß und überhaupt wo es sich um bestimmte Formen und Fristen handelt, ein fein ausgearbeite=

tes Detail zu geben. Dem gemeinen Recht, und zwar in seiner unbedingten Geltung, würde dadurch die weiteste Herrschaft bereitet werden, indem specielle Rechtsbildungen nur dann, wenn ein dringendes Bedürfniß sie erheischte, anzuerkennen wären, was namentlich in einzelnen Partien des Staatsrechts und im Recht des ländlichen Grundbesitzes, sowohl wegen seiner eigenen Beschaffenheit als auch hinsichtlich des Ständewesens und der Familie, der Fall seyn möchte. So wie aber eine solche Codification nur durch eine einheitliche gesetzgebende Gewalt ins Leben gerufen werden könnte, so müßte auch allein durch sie eine Abänderung und Fortbildung des Gesetzbuchs möglich seyn; die weitere Ausführung seines Inhalts aber könnte, innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen, dem Volksleben, der Jurisprudenz und der Autonomie überlassen werden. Mit diesen Anforderungen wäre denn aber zugleich gesetzt, daß es sich nicht um eine bloß äußerliche Feststellung des Rechtsstoffs handle; das Ganze würde über den Begriff einer gewöhnlichen Codification, welche doch nur in einem einheitlich geordneten Staatswesen vor sich gehen kann, hinausgreifen, und den Charakter einer politischen Reconstituirung der Nation an sich tragen, welche dadurch aus dem Particularismus und der Zerrissenheit zur organischen, auch formell in der Verfassung ausgeprägten Einheit sich erhöbe. Es fehlt freilich nicht an patriotisch gesinnten Männern, welche der Ansicht sind, daß eine Codification in Deutschland durch eine freie Vereinigung der Regierungen auf dem Wege einer commissarischen Verhandlung zu Stande kommen könne, und daß es dazu einer eigentlichen Verfassungsveränderung nicht bedürfe. Aber abgesehen davon, daß das Staatsrecht dann doch von dem Plane ausgeschlossen bliebe; angenommen ferner, daß auf

dem angedeuteten Wege wirklich das große Ziel erreicht werden könnte: so ist doch schon von vorn herein mit Fug zu bezweifeln, daß es nur zu einer friedlichen Verständigung über das gemeinsame Unternehmen kommen wird. Bedenkt man alle Voraussetzungen, welche dazu nöthig sind, und alle Consequenzen, welche daran hängen, so scheinen, damit das Werk nur überhaupt in Angriff genommen werde, und noch mehr, damit es die Gewähr der Dauer erlange, große Veränderungen in der politischen Gestaltung Deutschlands nöthig zu seyn, deren Möglichkeit freilich nicht in Abrede zu stellen ist, auf die aber nicht mit Wahrscheinlichkeit gerechnet werden darf, und welche daher auch nicht als Basis eines sofort in der Gegenwart zu beginnenden Unternehmens dienen können. Dazu taugt nur das, was den bestehenden Verhältnissen entspricht, und diese zeigen uns bei der in ihrer organischen Ausbildung so unvollkommenen Bundesverfassung keine concentrirte einheitliche Gewalt in Deutschland, welche zur Durchführung einer gemeinsamen Gesetzgebung durchaus nöthig seyn würde, sondern eine Reihe neben einander stehender, zu Trutz und Schutz verbundener Souverainitäten, bei denen die Bereitwilligkeit, wesentliche Hoheitsrechte zu opfern, kaum anzunehmen seyn möchte, auch wenn die so verschieden berechtigten Landstände, deren Beirath und Zustimmung doch einzuholen wäre, kein Hinderniß bereiten sollten. In früherer Zeit, als das alte Reich noch nicht ganz gebrochen war, hätte sich die Sache, wenigstens was das Aeußere der Verfassung betrifft, noch leichter gemacht; aber damals fehlte es der Form an dem rechten Geist und der nöthigen Kraft, und Herrmann Conring, der Vater der deutschen Rechtsgeschichte, schloß sein berühmtes Werk ebenso vergeblich mit einem Antrage auf die Abfassung

eines volksthümlichen deutschen Gesetzbuchs *), als Thibaut einen ähnlichen Vorschlag vor Eröffnung des Wiener Congresses wiederholte. Sollte jetzt der Geist so stark geworden seyn, daß er auch die Form bezwänge? Ich bezweifle es; aber wollte Gott, daß ich mich irrte.

Die Hindernisse, welche einer Codification in Deutschland entgegen stehen, sind also zunächst rein politischer Natur; ob es auch noch andere giebt? ob unsere Zeit für ein solches Unternehmen den Beruf hat? ob es auch nur dem deutschen Rechte heilsam? das sind Fragen, deren Lösung freilich schwer, ja mit voller Sicherheit erst dann möglich ist, wenn auch der Erfolg bei der Beurtheilung zu Rathe gezogen werden kann. Was namentlich den Beruf unserer Zeit betrifft, so scheint es freilich nicht, als ob die deutsche Nation (denn mit dieser haben wir es nur zu thun) in ihrem gegenwärtigen Bestande zu großartigen politischen Schöpfungen besonders befähigt ist, und eine solche würde doch immer eine umfassende Codification seyn. Sie setzt, wenn sie nicht bloß das Bestehende registriren will, eine Energie in der Arbeit und Vollziehung voraus, wie sie auch bei hochbegabten Völkern nur selten zu finden ist; selbst die Entwerfung und Durchführung des großen deutschen Zollvereins, der schönsten Hoffnung des Vaterlandes, ist damit nicht zu vergleichen, wenn auch das freilich noch nicht ganz gesicherte Gelingen dieses großartigen Unternehmens geeignet ist, Muth und Zuversicht und Vertrauen auf die Zukunft der Nation zu erwecken. Daß es uns aber an der Macht der Sprache, an der rechten Bildung und wissenschaft-

---

*) H. Conring, de origine juris Germanici (Helmstad. 1643) cap. XXXV.

lichen Begabung fehlen sollte, um einen großen Act der Gesetzgebung auf würdige Weise zu vollziehen, das möchte ich nicht behaupten; in dieser Beziehung scheint die Gegenwart vor Allem dazu berufen. Auch daß die lebendige Kunde des gesammten positiven Rechts, namentlich in seinen germanistischen Bestandtheilen, noch nicht gewonnen ist, dürfte kein wesentliches Hinderniß seyn; denn wenn wir uns nur im Besitz der richtigen wissenschaftlichen Methode befinden, so läßt sich ein solcher Mangel durch das auf ein bestimmtes Ziel gerichtete Studium bald ersetzen, und selbst wenn ein tieferes Eingehen, als eben möglich, noch manche Lücken ausfüllen könnte, so wird die Kunst des Gesetzgebers, von der rechten politischen Einsicht und einer nationalen Rechtsanschauung getragen, dafür schon einen Ersatz zu geben wissen. Ueberhaupt entziehen einzelne Schwächen, welche allem Menschlichen anhängen, einem an sich großen und guten Werke noch nicht sein Verdienst. Leisten wir, was wir vermögen, so haben wir unsere Schuldigkeit gethan, und können es getrostes Muthes den Nachkommen überlassen, unsere Fehler zu verbessern; denn auch nur Weniges vollbringen ist würdiger und männlicher, als träge zu ruhen und den Späteren die ganze Arbeit zu überlassen. — Aber würde eine solche Codification auch nur heilsam seyn? Würde sie nicht der freien Bewegung der Rechtsbildung im Volke und in der Wissenschaft ein Hinderniß bereiten? Es ist wohl außer Zweifel, daß ein mißlungenes Gesetzbuch den größten Schaden anrichten kann; ein solches werden wir jedoch nicht machen wollen, und, wenn nur die rechten Kräfte, welche in der Nation vorhanden sind, darauf verwandt werden, auch nicht machen. Es wird aber überhaupt schwer seyn, ohne die Rechtssicherheit, auf deren Erlangung

doch so Vieles ankommt, zu gefährden, dem Gesetzbuch eine solche Elasticität zu verleihen, daß sich für jedes auftauchende Bedürfniß unmittelbar aus den Verhältnissen heraus sofort die entsprechende Norm gestalten kann.

Der selbständigen Entwicklung des Volksrechts wird daher leicht ein Abbruch geschehen, wofür auch die größte Sorgfalt und Wachsamkeit der gesetzgebenden Gewalt nicht immer einen Ersatz bieten dürfte. Auch die Wissenschaft würde in der Behandlung des Gegenstandes mehr gebunden seyn, was indessen, da es sich nur auf die practische Application bezöge, weniger zu bedeuten hätte, indem sie ihren Einfluß auf die Gesetzgebung mittelbar immer geltend machen könnte. Dagegen ist zu bedenken, daß wenn nur wirklich der gesammte nationale Rechtsstoff in seinen leitenden Principien von dem Gesetzbuch umschlossen wird, sich nicht leicht eine neue Rechtsbildung zeigen kann, welche nicht an ein bestehendes Institut in organischer Verschmelzung anzulehnen wäre; und vor Allem ist darauf der Nachdruck zu legen, aus einer wie großen Verwirrung und Belastung die Nation durch eine umfassende Codification erlöst werden würde, und wie dieselbe, eben weil sie eine gemeinsame wäre, dem stets sich vordrängenden Particularismus mit dem entschiedensten Erfolge entgegen wirken müßte.

Ist nun aber auch auf eine umfassende Codification für Deutschland, wenigstens wie die Sachen jetzt stehen, nicht zu hoffen, so ließe sich doch wohl für einzelne Rechtstheile und Institute eine gewisse Gemeinschaft der Gesetzgebung erreichen. In der That hat ja auch die Bundesversammlung Einiges dieser Art zu Stande gebracht, und in einem beschränkteren Kreise ist etwas Aehnliches im Zollverein geschehen, dem sich, auch wenn er nicht über das ganze Bundesgebiet ausgedehnt wer-

den sollte, doch eine gemeinsame Regulirung des Münzwesens, der Communicationsmittel u. dgl. anschließen könnte. Jeder Schritt, der in dieser Beziehung zu einer größeren nationalen Einheit führt, ist als ein glückliches Ereigniß zu preisen; aber zu einer recht organischen Durchbildung und Gestaltung ist es in diesen gemeinsamen Anordnungen, die vorzugsweise den Charakter von administrativen Maaßregeln an sich tragen, doch noch nicht gekommen. Die Thätigkeit namentlich, welche die Bundesversammlung in dieser Richtung entwickelt hat, ist keine erfreuliche, dem nationalen Bedürfniß entsprechende gewesen; und wenn man dieß auch als eine zufällige, aus den besonderen Zeitverhältnissen hervorgegangene Erscheinung mildernd erklären wollte, so zeigt sich doch das Uebel tief in der Verfassung begründet, welche, in sich unvollendet, einer freien, schaffenden Wirksamkeit fast unübersteigliche Hindernisse entgegen setzt. So wie eine gemeinsame Gesetzgebung, sey es für den ganzen deutschen Bund oder für einzelne Staaten, welche sich genossenschaftlich näher an einander geschlossen haben, in fester Haltung auftreten und die höheren Interessen des Staats- und Volkslebens ihrer nationalen Entwicklung entgegen führen will, so werden sich fast dieselben Schwierigkeiten ergeben, welche vorher als einer allgemeinen Codification entgegen stehend besonders hervorgehoben worden sind. Hat doch weder der Bund noch der Zollverein bis jetzt auch nur den Versuch gemacht, eins der dringendsten Bedürfnisse zu erfüllen, und eine gemeinsame Handelsgesetzgebung zu begründen, so sehr man auch sonst geneigt ist, die materiellen Interessen zu begünstigen. Noch schwerer wird es daher halten, für andere Rechtstheile dergleichen ins Werk zu richten, wenn es auch für die Wissenschaft eine würdige Aufgabe ist, darzuthun, daß aus der Be-

schaffenheit des Rechtes selbst kein Grund gegen ein solches Unternehmen herzunehmen ist.

3. Nach diesem Allen steht es also fest, daß nur in den einzelnen deutschen Staaten gegenwärtig eine freie Bewegung der Gesetzgebung möglich ist; und in diesem engeren Kreise ist denn auch eine große Thätigkeit derselben wahrzunehmen. Dabei kann nun aber eine doppelte Richtung eingeschlagen werden. Entweder begnügt man sich damit, einzelne Rechtstheile und Institute, für welche eine legislative Normirung besonders dringend erscheint, particularrechtlich fest zu stellen, oder man strebt, nach dem Vorgange von Oesterreich und Preußen, eine vollständige Codification an, indem man darauf ausgeht, das ganze gemeinrechtliche Material zugleich mit dem Particularrecht zu verarbeiten, und dadurch für den einzelnen Staat eine selbständige Rechtsbildung zu begründen. Gegen ein solches Unternehmen ist nun freilich vom nationalen Standpuncte aus manches gegründete Bedenken zu erheben; denn wohin soll es mit unserer, im gemeinen Recht vertretenen Rechtseinheit kommen, wenn ein Staat nach dem andern sich davon ablöst, und unbekümmert um die andern, sein Wesen für sich bestellt! Auf der andern Seite kann aber nicht in Abrede gestellt werden, daß der unsichere und schwankende Zustand des gemeinen Rechts in Verbindung mit der mangelhaften Beschaffenheit der Particularrechte nicht wohl zu ertragen ist, und daß es sich als die unabweisbare Aufgabe einer gewissenhaften Staatsregierung darstellt, das gemeine Beste auch in dieser Beziehung, so weit es an ihr liegt, durch eine zeitgemäße Gesetzgebung zu fördern. Dabei könnte man freilich, wie es in früherer Zeit zu geschehen pflegte, den Weg einschlagen, daß man das gemeine Recht in seiner allgemeinen Geltung fortbestehen ließe, und es nur durch

specielle Satzungen veränderte und beschränkte. Allein für gewisse Rechtstheile erscheint dieß Verfahren gegenwärtig doch bedenklich. Die meisten deutschen Staatsgebiete sind erst in neuester Zeit aus verschiedenen, ursprünglich einander fremden Elementen zusammengewachsen, und es ist daher, wenn es zu einer organischen Verschmelzung derselben kommen soll, die Aufstellung eines Staatsgrundgesetzes nöthig geworden, in welchem die wichtigsten Puncte der Staatsverfassung ihre feste Ordnung und Bestimmung erhalten. Bei einem solchen Werke wird man schon, wenn man sich auch von allgemeinen nationalen Ideen, die einmal in der Gegenwart ihre Verwirklichung finden wollen, leiten läßt, doch eine gewisse Selbständigkeit und Vollständigkeit anstreben müssen, da das gemeine Recht nur selten eine ganz sichere Aushülfe gewährt, bei den politischen Schwankungen der gegenwärtigen Zeit aber der Streit gerade auf diesem Gebiet um so gefährlicher werden kann, weil dasselbe dem ergänzenden und befestigenden Einfluß der Gerichtspraxis fast ganz entzogen ist. Man sagt wohl, solche Verfassungsverhältnisse müßten sich, wie in England, allmälig aus dem Volke entwickeln; aber man bedenkt dabei nicht, daß es sich in Deutschland zunächst nur um die legislative Feststellung schon lange vorbereiteter Zustände handelt, und wie viel Blut und Noth den Engländern ihre Verfassung gekostet hat. Es wäre doch wohl der Mühe werth, den Versuch zu machen, ob nicht durch eine weise Benutzung der früher gemachten Erfahrungen und mit den Hülfsmitteln, welche die fortgeschrittene Bildung an die Hand giebt, so schwere Opfer erspart werden könnten. So sehen wir denn auch die Verfassungsurkunden, welche in Deutschland bereits rechtsbeständig geworden sind, in selbständiger Haltung und ohne sich als eine

bloße Modification des gemeinen Rechts anzukündigen, da stehen, und in den Staaten, wo sie noch fehlen, wird die Sache wohl denselben Entwicklungsgang nehmen. — Auch die particulären Gesetzgebungen über das Criminalrecht pflegen denselben absoluten Charakter an sich zu tragen, was nur zu billigen ist, da die nothwendige Reform des gemeinen Rechts sich hier nicht mit einigen Specialgesetzen durchführen läßt. Ebenso wird es mit den Proceßordnungen kommen, wenn auch diese ihre definitive Feststellung erlangen; nur wird hier schon die Lösung der Aufgabe unendlich schwieriger seyn, so daß die in den kleineren Staaten vorhandenen Kräfte dazu wohl kaum ausreichen werden. Das ist aber in einem noch höheren Grade bei der Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall; und es wäre gut, wenn man sich, ehe an ein solches Werk Hand angelegt würde, erst recht gewissenhaft prüfte, ob man dazu auch den Beruf und die Gewähr des Gelingens habe. Auch ist hier das Bedürfniß doch nicht so dringend, wie in den andern Rechtstheilen, und schon dadurch Bedeutendes zu erreichen, wenn nur das Unbrauchbare und Veraltete entfernt, und einzelne Partien, z. B. der Formalismus der Rechtsgeschäfte, das Güterrecht der Ehegatten, das Hypothekenwesen, tüchtig und fest geordnet würden. Dabei könnte man denn namentlich auch darauf sein Bestreben richten, den noch bestehenden Instituten des Volksrechts zur allgemeinen Anerkennung und zur freien Bewegung zu verhelfen, wie dieß oben in Beziehung auf das Recht der Genossenschaften angedeutet worden ist. Ueberhaupt aber wird es die Aufgabe der gesetzgebenden Gewalt seyn, eine solche Thätigkeit zu entwickeln, daß sie die Rechtsideen, welche schon im Volke vorhanden sind und nach einer Verkörperung ringen, klar und bestimmt ins Leben ruft,

oder solche Institute schafft, welche dem wahren Bedürfniß des Volks- und Staatslebens entsprechen. Weiß sie hier das Rechte zu treffen, so wird auch die neue Schöpfung bald mit dem Bestehenden verwachsen, und in das gemeinsame Bewußtseyn übergehen.

Es ist nicht meine Absicht, es weiter auszuführen, wie in dem angegebenen Sinne eine Reform unseres Rechtswesens unter den bestehenden Verhältnissen anzustreben sey; könnten doch auch bei einer solchen Aufgabe die Kräfte des Einzelnen nur Unvollkommenes leisten. Nur dem Gerichtswesen will ich in dieser Beziehung noch eine besondere Betrachtung widmen, weil kein Rechtstheil inniger mit dem Volksrecht verknüpft ist, und von der Art, wie jenes künftig bei uns geordnet wird, auch die Geltung und Bedeutung des letzteren wesentlich bedingt ist.

Neuntes Kapitel.

Das Volksrecht in seinem Verhältniß zu dem Gerichtswesen.

Wie überhaupt die verschiedenen Institutionen, in denen sich das Rechtsleben eines Volkes darstellt, mit einer fortdauernden Wechselwirkung in einander übergreifen, und von denselben allgemeinen Ideen beherrscht, sich gegenseitig voraussetzen und bedingen; so verhält es sich auch mit dem Gerichtswesen in seiner Beziehung zu dem gesammten positiven Rechte und zu dessen einzelnen Theilen. Es kommt hier nicht bloß die eigentliche Staatsverfassung in Betracht, mit welcher die Verfassung der Gerichte in der nächsten Verbindung steht, ja zu der sie, wenigstens ihren Grundzügen nach, unmittelbar gerechnet werden kann; sondern der allgemeine Charakter, der in einem bestimmten Rechte ausgeprägt ist, wird sich auch, wenn nicht ganz besondere Umstände eingewirkt haben, bei der Gerichtsverfassung und dem gerichtlichen Verfahren finden, und deren Beschaffenheit bestimmen. Dadurch wird nun aber eine Mannichfaltigkeit der Rechtsbildung möglich, welche nicht bloß in den eigenthümlichen Sitten und Einrichtungen der Völker, also überhaupt in der Nationalität ihren Grund hat, sondern auch von den verschiedenen Entwicklungsperioden, in denen sich das Recht eines Volkes befinden kann, abhängt. Denn je nachdem die Kunde desselben mehr oder weniger allgemein verbreitet ist, oder sich nur im Besitze eines besonderen Juristenstandes befindet, werden auch die Organisation und die

ganze Stellung der Behörden, von denen es anzuwenden ist, verschieden seyn. Es zeigen sich in dieser Beziehung dieselben Gegensätze und dieselben Uebergänge, welche bereits früher bei der allgemeinen Erörterung über die Natur und die Bedeutung des Volksrechts betrachtet worden sind; auch mußte dabei auf das Gerichtswesen schon einige Rücksicht genommen werden. Indessen verlangt dieses noch eine besondere Untersuchung, welche näher auf die Sache eingehen, und sich mit einigen Fragen von der höchsten practischen Wichtigkeit, welche gerade jetzt in Deutschland an der Tagesordnung sind, ausführlicher beschäftigen kann. Es ist dabei aber bestimmter, als es häufig geschieht, die Verfassung der Gerichte von dem gerichtlichen Verfahren zu trennen, wenn auch beides wieder in einem nothwendigen und engen Zusammenhange steht.

I. Die Verfassung der Gerichte.

Sieht man einmal von den weniger wesentlichen Beziehungen ab, welche bei der Gerichtsverfassung in Betracht kommen können, so wird sich deren Verschiedenheit auf drei Formen zurückführen lassen, welche von der Art und Weise, wie die Gerichte besetzt werden, ihre Bestimmung erhalten. Entweder nämlich ist die Rechtspflege in den Händen von Richtern, welche, ohne daß von ihnen ein besonderes Rechtsstudium verlangt würde, aus dem Volke genommen werden; oder die Gerichte werden nur mit Juristen besetzt, welche sich zu ihrer Amtsführung besonders vorbereitet haben, und dieselbe als ihren Hauptberuf ansehen; oder endlich man hat eine Einrichtung getroffen, wodurch eine Vermittlung zwischen jenen beiden Formen herbeigeführt wird, indem zugleich Volksrichter und Juristen an der Rechtspflege Theil nehmen. Darnach hat

man Volksgerichte, Juristengerichte und gemischte Gerichte zu unterscheiden.

1. Die Volksgerichte. Sie setzen einen Rechtszustand voraus, in welchem sich noch die Herrschaft des Volksrechts in ihrem ganzen Umfange findet. Das ist freilich, wie schon früher bemerkt worden, nicht so zu verstehen, daß über die ganze Bevölkerung gleichmäßig die Rechtskunde ausgegossen sey; aber das Recht muß doch eine solche Beschaffenheit haben, daß es seinen Grundzügen nach in dem allgemeinen Bewußtseyn des Volkes lebt, und auch in seinen Einzelnheiten dem klugen und erfahrenen Geschäftsmanne zugänglich und verständlich ist. Persönliche Begabung, practische Uebung und besondere Neigung, der es um eine recht gründliche Kenntniß des Rechts zu thun ist, können dann wohl dem Einzelnen eine überwiegende Auctorität verschaffen; aber es ist nur der Grad und nicht die eigenthümliche Art seines Wissens, was ihn vor Andern auszeichnet. Daher ist in Zeiten, wo das Recht noch das Gemeingut der Bürger ist, die Handhabung desselben in großen Versammlungen möglich; und wenn aus Gründen der Zweckmäßigkeit frühe schon eine geringere Anzahl von Schöffen damit betraut wird, so bleibt doch im Wesentlichen das alte Verhältniß bestehen, indem namentlich die Besetzung der offenen Stellen aus der ganzen schöffenbaren Gemeinde geschehen kann.

2. Die Juristengerichte. Diese setzen schon die Bildung eines besonderen Juristenstandes voraus, dem die Rechtspflege ausschließlich zugefallen ist. Man braucht dabei aber natürlich nicht an plötzliche Uebergänge zu denken, so wie es auch gar nicht nothwendig ist, daß das Volk, selbst wenn schon die Jurisprudenz in größter Feinheit sich ausgebildet

hat, ganz aus den Gerichten weiche. Allein in Deutschland haben sich seit dem 16. Jahrhundert die Verhältnisse thatsächlich so gestaltet, daß mit wenigen Ausnahmen fast nur die Juristen als Richter thätig sind, was denn mit der Reception des römischen Rechts und mit der ganzen Entwicklung unseres Staats- und Rechtswesens auf das Engste zusammen hängt.

3. Die gemischten Gerichte. Dieselben Ursachen, welche bei einem Volke einen besonderen Juristenstand hervorrufen, machen auch eine Umänderung in der Gerichtsverfassung nöthig. Denn so lange die Kunde weniger und leicht faßlicher Gesetze, die unbefangene Betrachtung und verständige Würdigung der Lebensverhältnisse ausreichen, um mit Sicherheit das Recht zu finden, so lange kann dieß Geschäft auch dem Volksgericht überlassen bleiben. Wenn aber in Folge der geschichtlichen Entwicklung die umfassende Rechtskunde nur von Einzelnen durch ein besonderes Studium erlangt wird, so ist es natürlich, daß diese auch bei der Rechtspflege einen hervorragenden Einfluß gewinnen. Die Volksgerichte gehen dann, wie wir gesehen haben, in die Juristengerichte über, oder sie erleiden doch eine wesentliche Modification, indem ihnen ein besonderes juristisches Element beigesellt wird. Dieß kann nun aber wieder auf verschiedene Weise geschehen. Der eine Fall ist dieser, wenn man die richterliche Thätigkeit trennt, je nachdem sie auf die Feststellung der Thatsache, um deren Beurtheilung es sich handelt, oder auf die Anwendung des Rechtssatzes gerichtet ist. Das Erkenntniß über das factum überläßt man den Geschwornen, welche im steten Wandel aus dem Volke hervorgehen; über das jus aber haben nur die Juristen zu entscheiden. Schon den Römern war diese Theilung der

Richtergewalt, wenn auch nur in einer beschränkten Anwendung, bekannt; sie hat sich aber auch selbständig bei germanischen Völkern, namentlich bei den Engländern in der jury oder dem Schwurgericht geltend gemacht. Zwar läßt sich diese Einrichtung ihrer ursprünglichen Entstehung nach nicht auf eine solche überlegte Vermittlung zwischen Volks- und Juristengerichte zurück führen; denn in Rom hatte sie in der Jurisdiction des Prätors ihre besondere Veranlassung, und als sie zuerst unter den germanischen Völkern aufkam, gab es bei ihnen noch keinen eigenen Juristenstand. Aber es ist unzweifelhaft, daß wenigstens die englische Nation mit dem merkwürdigen politischen Tacte, der ihr eigen ist, das alte Institut zu diesem Zwecke benutzt hat, und daß man mit dessen späteren Nachbildungen in anderen Staaten dasselbe hat erreichen wollen. — Von dieser Modification der reinen Volksgerichte ist eine andere zu unterscheiden. Es wird im Ganzen die ursprüngliche Gerichtsverfassung beibehalten; allein man verfährt bei der Besetzung der Gerichte auf eine solche Weise, daß darin sowohl Volksrichter als auch Juristen ihren Platz finden, welche sich mit ihren Kenntnissen und ihrer Anschauungsweise gegenseitig ergänzen, indem sie in ihrer Vereinigung nicht nur die schlichte und einfach verständige Betrachtungsweise der Lebensverhältnisse, sondern auch die umfassende Kunde des positiven Rechts und die Consequenz und Schärfe der juristischen Deduction vertreten. Eine Hinweisung auf diese Combination enthalten schon die rechtskundigen Berather, welche in den alten deutschen Volksrechten vorkommen; später zeigt sich ein solches Bedürfniß in der Sitte der Gerichte, Rechtsbelehrungen einzuholen, wodurch die Competenz der Oberhöfe hervorgerufen und auch die eigenthümliche Stellung der Juristenfacultäten

als Spruchcollegien begründet ward. Zu einer festen und durchgebildeten Gestaltung schien die Einrichtung solcher gemischten Gerichte aber seit dem 16. Jahrhundert in Deutschland gelangen zu wollen, als man nach dem Vorgange des Reichskammergerichts bei den meisten collegialisch zusammengesetzten Justizhöfen einen Theil der Stellen mit gelehrten und einen Theil mit ungelehrten Richtern besetzte, und auf diese Weise namentlich dem römischen Recht einen gewissen Einfluß sichern wollte, der aber freilich bald übermächtig ward, und auch das volksthümliche Element in der Gerichtsverfassung fast ganz unterdrückte. Wo dagegen das römische Recht keine so unmittelbare und allgemeine Geltung erhielt, und die Volksfreiheit nicht ganz vor der Beamtenherrschaft zurücktrat, wie in den meisten Kantonen der Schweiz, da hat sich jene Einrichtung, welche noch immer als Schöffengericht passend bezeichnet wird, in lebendiger Wirksamkeit erhalten, und selbst in Deutschland hat man neuerlich mit einigen Handelsgerichten und mit den würtembergischen Oberamtsgerichten den Versuch ihrer Wiedereinführung gemacht.

Wenn man nun diese verschiedenen Formen der Gerichtsverfassung aufmerksam prüft, und es namentlich zur Frage stellt, welche von ihnen wohl diejenige seyn möchte, der sich für die gegenwärtigen Bedürfnisse Deutschlands der beste Erfolg versprechen lasse; so wird sich wohl soviel bald herausstellen, daß die reinen Volksgerichte nicht wieder herzustellen sind. Es bedarf, um zu dieser Ansicht zu gelangen, gar nicht erst einer besonderen Untersuchung, ob überhaupt eine solche Einrichtung noch möglich ist, wenn das Rechtswesen bereits bis zu einem gewissen Grade der Ausbildung gelangt ist; denn es kann wenigstens immer noch zweifelhaft bleiben, wann denn

der Zeitpunct gekommen, wo eine Umänderung nothwendig geworden ist. Allein wir Deutschen haben einmal im Verlauf unserer Geschichte und namentlich in Folge der Aufnahme des römischen Rechts ein Element in unsere ganze Denk- und Lebensweise aufgenommen, welches nicht bloß an die äußere Auctorität der Gesetze gebunden, sondern mit unserm ganzen Rechtswesen verwachsen ist, und nur von einer gebildeten Jurisprudenz richtig erfaßt werden kann. Die weiteste und gründlichste Reform, welche in dieser Beziehung durchgeführt würde, wäre nicht im Stande, dieses rein juristische Element ganz zu vertilgen; sie könnte nur darauf ausgehen, dasselbe auf bestimmte einfache und durchgreifende Principien zurück zu führen, und diese namentlich in das rechte Verhältniß zu der im Volke lebendigen Rechtsanschauung zu setzen. Da es sich nun nie mit Sicherheit voraussehen läßt, ob nicht den einfachsten Rechtsverhältnissen, für welche dem Volke ein vollkommen klares Verständniß gegeben wäre, auch etwas Juristisches anhängt, für dessen sichere Beurtheilung eine besondere Rechtskunde nöthig wird, so folgt, daß ein reines Volksgericht nur in ganz besonderen Fällen ausnahmsweise die Rechtspflege mit genügender Sicherheit handhaben könnte. Dagegen ließe sich nun wohl einwenden, daß eine vollständige Reform unseres Rechtswesens nur durch eine umfassende Codification zu erreichen sey, diese aber so eingerichtet werden müsse, daß jeder verständige und gebildete Mann aus dem Volke in den Stand gesetzt werde, das Recht kennen zu lernen und vermöge seiner gesunden Urtheilskraft auch als Richter anzuwenden. Allein wenn in dieser Hinsicht ohne Zweifel auch Vieles geleistet werden kann, und wenn das vollständige Scheitern solcher Pläne, wie sie wenigstens ursprünglich der preußischen Gesetzgebung zu

Grunde lagen, noch keinen sicheren Beweis gegen die Ausführbarkeit derselben liefert, da es dabei nicht bloß auf die populäre Form und selbst auf den Inhalt der Gesetze, sondern auch auf die einem frischen Rechtsleben günstige Staatsverfassung und überhaupt auf das ganze öffentliche Leben einer Nation ankommt; so läßt sich doch mit Fug bezweifeln, ob unter den gegenwärtigen socialen Verhältnissen ein Gesetzbuch die angegebene Aufgabe sollte erfüllen können. Das richtige Verständniß der Rechtsprincipien in ihrem innern Zusammenhange und die consequente Deduction aus denselben, die Interpretation des Textes, und wäre er auch noch so klar und durchsichtig gefaßt, dann die Benutzung der literärischen Hülfsmittel, der früheren Präjudicate u. s. w. — dieß Alles erheischt immer eine so intensive und nachhaltige Beschäftigung mit dem Recht, auch wenn es in einem Gesetzbuch zusammengefaßt ist, und mit dessen Anwendung, daß die Juristen, welche daraus ihren besonderen Beruf machen, nicht entbehrt werden können.

Sind wir nun aber genöthigt die reinen Volksgerichte, wenigstens als ein allgemeines Institut, für unsere Zeit zu verwerfen, so ist damit noch nicht die Rechtfertigung der Juristengerichte gegeben; gegen diese lassen sich vielmehr sehr gewichtige Gründe vorbringen. Es ist schon eine beachtungswerthe Thatsache, daß sich gegen sie in Deutschland eine allgemeine Mißstimmung verbreitet hat, welche dem aufmerksamen Beobachter auch bei der Unvollkommenheit der Organe, welche bei uns die öffentliche Meinung hat, nicht entgehen kann. Dabei kommt freilich zur Erwägung, daß der Grund dieser Unzufriedenheit zum großen Theil in der verworrenen und unvolksthümlichen Beschaffenheit unseres Rechtswesens überhaupt, und nicht bloß in der Mangelhaftigkeit der Gerichtsverfassung

liegt, so wie auch Manches auf diese übertragen wird, was zunächst das gerichtliche Verfahren angeht. Es ist wohl unzweifelhaft, daß ein tüchtiges Gesetzbuch und ein geordneter, rascher Proceßgang mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens Viele mit der bestehenden Gerichtsverfassung aussöhnen würde. Aber diese selbst hat doch ihre großen Gebrechen, welche hier einzeln hervorzuheben sind.

1. Fassen wir zuvörderst die politische Seite der Sache näher ins Auge, so stellt sich namentlich der Nachtheil heraus, daß das Volk, von jeder Theilnahme an den richterlichen Geschäften ausgeschlossen, seinen eigenen Angelegenheiten entfremdet wird, und sich nur zu leicht daran gewöhnt, die über ihm stehende Macht als eine feindliche anzusehen oder doch mit Mißtrauen zu betrachten; daß es aber jedenfalls, wie schon J. Möser so klar dargethan hat, das Gefühl der Ehre und Freiheit verliert, welches nur durch eine selbständige Berechtigung im öffentlichen Leben erhalten und genährt wird. Es zeigen sich hier die Erscheinungen, welche überhaupt durch die Unterdrückung eines freien Staats- und Gemeindewesens und durch die ewige Bevormundung der Unterthanen von Seiten der herrschenden Classen hervorgerufen werden, — und welche es, in Verbindung mit unserer politischen Zerrissenheit dahin gebracht haben, daß die sonst so edle und stolze deutsche Nation an fester Haltung und Selbstvertrauen unendlich verlieren, und dem Auslande fast zum Gespötte werden konnte.

2. Dieses Uebel wird nun aber noch vergrößert, wenn die Juristen, mit denen die Gerichte ausschließlich besetzt sind, als Staatsbeamte in einer gewissen Abhängigkeit von der Regierungsgewalt stehen, wodurch die erste Bedingung einer guten Rechtspflege bedroht wird. Und leugnen läßt es sich nicht,

daß die deutsche Gerichtsverfassung in dieser Hinsicht ihre großen Schwächen hat. Man hat es freilich nicht an Bemühungen fehlen lassen, sichere Garantien für die Unabhängigkeit der Richter und für eine unparteiische Justiz zu begründen. Als schon die alte volksthümliche Gerichtsverfassung gebrochen und die Herrschaft des Juristenstandes entschieden war, zeigte man sich doch gerade in der Aufstellung solcher Mittel sehr thätig: die Concurrenz der Landstände bei der Besetzung der höheren Landesgerichte, die Competenz der Reichsgerichte und das Institut der Actenversendung sind darunter besonders hervorzuheben. Noch mehr aber wirkte vielleicht der eigenthümliche Sinn des Juristenstandes, der, wie es häufig bei bevorzugten Classen der Fall ist, mit seinen Vorurtheilen und Anmaaßungen doch ein sehr ehrenhaftes Selbstgefühl und eine hohe Meinung von der richterlichen Amtspflicht verband, und dadurch, namentlich in den höheren Justizcollegien, angetrieben wurde, sich eine vollkommen unabhängige Haltung zu bewahren. Dessen ungeachtet aber zeigt sich, wenn man tiefer in das Rechtsleben der letzten Jahrhunderte bildet, wie wenig oft die Wirklichkeit den Anforderungen des positiven Rechts entsprach; wie selbst die Reichsgerichte dem oft gegründeten Verdacht der Parteilichkeit und einer elenden Venalität nicht entgehen konnten, und wie schwach es überhaupt mit einem Rechtswesen bestellt ist, welches ohne von dem lebendigen Geist der Freiheit beseelt zu seyn, sich nur in einem äußerlichen Mechanismus hinschleppt. — Mehr Beweglichkeit, Kraft und Elasticität hat nun freilich, seitdem das alte Reich zu Grunde gegangen ist, das Regiment in Deutschland erhalten; wie Vieles wird jetzt auf administrativem Wege rasch abgemacht, was früher den schwerfälligen Justizgang durchzumachen hatte. Aber

so nothwendig und heilsam das in mancher Beziehung seyn mag, — für die Unabhängigkeit der Richtergewalt liegt darin auch eine gefährliche Klippe. Denn weil sowohl die Administration wie die Justiz gleichmäßig von Beamten und zwar von Juristen besorgt zu werden pflegt, so theilt sich leicht die mehr polizeiliche Behandlung der Geschäfte und eine gewisse diplomatische Betrachtungsweise der Rechtspflege mit, selbst wenn sie formell in besonderen Behörden getrennt organisirt ist. Dazu kommt, daß nur noch in wenigen Ländern eine Concurrenz der Landstände bei der Besetzung der Richterstellen statt findet; daß die Reichsgerichte ganz und die Competenz der Juristenfacultäten als Spruchcollegien so gut wie ganz beseitigt sind. Dafür finden sich freilich wieder andere Garantien: die Bundesversammlung nimmt Beschwerden wegen Cabinetsjustiz an, und die Unabsetzbarkeit der Richter, außer durch Urtheil und Recht, kann als ein Princip des gemeinen deutschen Staatsrechts angesehen werden. Aber der Begriff der Cabinetsjustiz ist in der Praxis ein sehr schwankender geworden, und an dem Princip der Unabsetzbarkeit der Richter ist schon hie und da gerüttelt. Auch ist es nicht bloß die offene Gewalt, welche die Unabhängigkeit in Gefahr bringt; es giebt auch formell untadelige Mittel der Einschüchterung und Verführung, gegen welche nur eine nicht gewöhnliche Charakterfestigkeit sich gehörig zu schützen weiß. In Civilsachen wird freilich eine Regierung es nicht leicht der Mühe werth halten, die Unabhängigkeit der Richter auf die Probe zu stellen; aber in Criminalsachen und namentlich in politischen Processen liegt die Versuchung doch nahe, einen höheren Einfluß geltend zu machen, der in den Zeiten heftiger Parteikämpfe und großer Bewegung vielleicht selbst dem sonst gewissenhaften Staats=

mann gerechtfertigt erscheint. — Diesen in der Verfassung der Gerichte begründeten Mängeln können nun freilich der Geist, welcher das Volk wie die Regierung durchdringt, die Form der Staatsverfassung und die Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens heilsam entgegen wirken; aber die Rechtssicherheit, ich meine die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Rechtspflege, ist ein so unschätzbares Gut, daß sie nicht gehörig gewahrt scheint, so lange noch ein Mittel übrig ist, durch welches sie noch mehr erhöht werden kann.

3. Es bleibt aber nun noch zu erwägen, ob die Juristen, auch abgesehen von den bisher erörterten Puncten, am Meisten geeignet sind, die Rechtspflege auf die vollkommenste Weise zu handhaben. Dieß scheint auf den ersten Anblick allerdings der Fall zu seyn. Denn es läßt sich bei ihnen doch die genaueste Kunde des Rechts erwarten, und die fortwährende Beschäftigung mit der juristischen Praxis sollte ihnen doch, scheint es, eine Sicherheit und Gewandtheit in der Anwendung der Rechtsregel auf die einzelnen Fälle und Verhältnisse geben, womit die Geschäftserfahrung und der schlichte, aber weniger geübte Verstand der Layen schwerlich sich vergleichen dürften. Betrachten wir aber diese beiden Beziehungen etwas näher.

a. Insofern die Rechtskunde nur durch eine wissenschaftliche Thätigkeit erlangt werden kann, wird sie sich vorzugsweise in dem Besitz derjenigen befinden, welche darauf ein gründliches und umfassendes Studium verwenden, und das sind eben die Juristen. Wenn es daher auf die Interpretation geschriebener Gesetze ankommt, oder wenn das Recht auf dem Wege der historischen Forschung und einer doctrinellen Methode erst gefunden werden muß, so läßt sich nicht absehen, wie man der Juristen dabei entbehren will. Allein es

giebt auch ein wichtiges Element im positiven Rechte, welches unmittelbar von den Lebensverhältnissen selbst getragen wird, und welches wir in seiner selbständigen Haltung als Volksrecht bezeichnet haben. Von diesem hat der Jurist, der vermöge seines besonderen Berufs dem Volksleben ferner steht, meistens nur eine abgeleitete Kunde, indem es ihm an der Fülle der unmittelbaren Anschauung fehlt, deren sich derjenige erfreut, welcher selbst an den Geschäften und Rechtsverhältnissen, um die es sich handelt, betheiligt ist. Die Juristengerichte sind daher auch genöthigt gewesen, in Fällen, wo das Volksrecht seine Anwendung finden soll, sich nach einer Aushülfe umzusehen, worauf die Lehre vom Beweis des Gewohnheitsrechts in der deutschen Praxis beruht. Ist nun auch die abgeschmackte Theorie der älteren Schule, welche hier die Regeln des Civilrechts über die Beweisführung der Parteien anwandte, in neuerer Zeit namentlich durch Puchta, wenn auch noch nicht aus der Praxis verdrängt, so doch wissenschaftlich vernichtet worden; und muß auch zugegeben werden, daß die von diesem Gelehrten vertretene Ansicht um Vieles besser und gesünder ist: so ist doch dadurch dem in der Gerichtsverfassung begründeten Uebel noch nicht abgeholfen. Denn wenn der Jurist als Richter auch berechtigt und verpflichtet seyn soll, auf jede Weise nach dem Daseyn des Volksrechts zu forschen, und er dabei den Beweis der Parteien nur als ein Hülfsmittel anzusehen hat: so bleibt doch die doppelte Schwierigkeit, einmal, daß er nicht immer mit Sicherheit wissen kann, wann wirklich Grund vorhanden ist, nach dem Volksrecht sich zu erkundigen, und dann ist keine Gewähr gegeben, daß er es wirklich findet und richtig auffaßt; denn er wird sich regelmäßig darauf beschränken müssen, über die Geltung einzelner Rechts-

sätze sich zu unterrichten, während doch nur die umfassende Kunde und die klare Anschauung aller in Betracht kommenden Verhältnisse zur Einsicht über das, was Recht ist, führen können. Man denke sich nur einen Richter, welcher über einen verwickelten, nur mit vollständiger Geschäftskunde richtig zu entscheidenden Fall aus dem Handelsrecht urtheilen soll, über den seine Bücher nichts oder nicht das Richtige enthalten, und der nun genöthigt ist, die Rechtsregel zu formuliren, über welche er seine Erkundigung einzuziehen hat; — wie schwankend und unsicher wird da nicht leicht seine ganze Stellung! Darauf wird man nun freilich erwidern, daß man ja die Nothwendigkeit besonderer Handelsgerichte gerne einräume, obgleich manche Juristen auch zu diesem Zugeständniß sich ungerne entschließen werden. Allein man täuscht sich sehr, wenn man glaubt, daß bloß in Handelssachen das Volksrecht eine solche Bedeutung hat. Das Recht der Genossenschaften und Gemeinden, die noch geltenden Institute des Ständerechts, die agrarischen Verhältnisse und viele andere Fälle, welche der gemeinrechtlichen Darstellung kaum erreichbar sind, aber in den engeren Kreisen des Rechtslebens sich zur juristischen Beurtheilung darbieten, — sie alle verlangen eine andere Rechtskunde, als sie in den Juristengerichten zu finden ist, und wenn man billig seyn will, bei ihnen erwartet werden darf. Ja es wird überhaupt nur wenige Rechtsfälle geben, wo nicht wenigstens eine Seite, ein Punct sich zeigt, für welche eine solche Beurtheilung unmittelbar aus den Lebensverhältnissen heraus nothwendig wird. Wie viel haben in dieser Beziehung die Römer dem officium judicis, d. h. des Volksrichters im Gegensatze zum Prätor überlassen!

Das bezieht sich freilich zunächst nur auf die Civilge-

richte; denn das Criminalrecht ist seiner Natur nach viel einfacher und bestimmter; hier strebt Alles nach festen, positiven Gesetzen, und wo sie fehlen, da ist eine legislative Abhülfe dringend nothwendig, mag nun das Volksrecht oder das Juristenrecht die bestehende Lücke bisher ausgefüllt haben. Die ausschließliche Besetzung der Criminalgerichte mit Juristen ist daher auch weniger deswegen anzufechten, weil man bei ihnen nicht die genügende Kunde des Rechts voraussetzen kann, als deswegen, weil ihnen die Anwendung desselben nicht unbedingt überlassen werden darf. So viel aber ist doch mit Grund zu behaupten: wenn wirklich über die Verbrechen und deren Bestrafung eine Unsicherheit in den Gesetzen bestehen sollte, und die Willkühr nur durch das billige Ermessen der Gerichte eine Grenze erhielte; so würde es im Allgemeinen besser seyn, daß auch die Volksansicht dabei eine unmittelbare Vertretung fände, und daß die Ausübung einer so gefährlichen Machtvollkommenheit nicht ausschließlich den Juristen überlassen bliebe.

b. Wenn schon angenommen werden mußte, daß die Juristengerichte für die practische Rechtskunde nicht ausreichen, so gilt dieß noch viel mehr für die Anwendung des Rechts, welche ja die eigentliche Aufgabe der richterlichen Amtsthätigkeit ist. Gewöhnlich denkt man hierbei an eine bloß logische Schlußfolgerung, indem die Unterordnung der Thatsache unter die Rechtsregel das Urtheil hervorrufen soll, und es also nur darauf anzukommen scheint, die Prämissen gehörig festgestellt zu haben, um mit Sicherheit die Conclusion zu ziehen. Aber wenn damit auch die Operation im Ganzen richtig bezeichnet ist, so kommen bei deren Vollziehung doch noch ganz besondere Schwierigkeiten vor, welche namentlich daraus hervorgehen, daß sich jus und factum nicht immer auf einem ge-

trennten Gebiete neben einander befinden, sondern das Erstere oft unmittelbar in dem Letzteren enthalten ist, und von demselben bestimmt und bedingt wird. Es kommt dann für den Richter darauf an, die in den Thatsachen ruhende Rechtsregel in der Weise zu erfassen, daß sie ihrer allgemeinen Natur nach und mit den besonderen Modificationen des einzelnen Falls richtig erkannt wird. Diese Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse, auf welcher die Herrschaft der **bona fides** beruht, ist namentlich in Civilsachen unerläßlich, wenn nicht statt einer lebendigen, das Wesen der Dinge durchdringenden Gerechtigkeit ein starres Formenwesen oder gar die bloß das Aeußerliche erfassende Urtheilsfabrication einer oberflächlichen Routine zur Geltung gelangen soll; sie setzt aber auch den practischen Blick und die Umsicht und Erfahrung des verständigen Geschäftsmanns voraus, — Eigenschaften, welche sich der Jurist wohl im Allgemeinen für sein Fach, aber unmöglich für alle zu seiner Cognition kommenden Rechtsverhältnisse verschaffen kann, zumal in der modernen Welt, für die sich, im Gegensatz zu der antiken, mit der Fülle und verworrenen Mannichfaltigkeit der Lebensverhältnisse auch die Schwierigkeit, sie nach allen Seiten hin richtig und sicher aufzufassen, unendlich gesteigert hat. Aus diesem Grunde erscheint die ausschließliche Besetzung der Civilgerichte mit Juristen sehr bedenklich; aber auch für die Criminalgerichte verhält es sich nicht anders. Im Allgemeinen tritt freilich in peinlichen Sachen die Rechtsregel den Thatsachen, auf welche sie angewandt werden soll, bestimmter gegenüber, als es in Civilsachen der Fall zu seyn pflegt; denn in dem Verbrechen selbst kann nicht die Norm seiner Beurtheilung liegen, sondern diese steht schon an und für sich fest, und wird demselben als Strafe feindlich gegen-

über gestellt. Die Schwierigkeit ist hier vielmehr in der juristischen Feststellung des Thatsächlichen zu suchen, nämlich in der vom Gericht abzugebenden Entscheidung: ob eine Person eine bestimmte verbrecherische Handlung begangen hat, und welche Art und welchen Grad des Verschuldens sie in sich schließt. Eine solche Entscheidung wird aber namentlich dann im höchsten Grade schwierig, wenn ohne directe Beweismittel bloß aus Anzeigen erkannt werden soll, und gerade mit Rücksicht auf solche Fälle wird auch die ausschließliche Besetzung der Criminalgerichte mit Juristen am Lebhaftesten angefochten. Auch scheint es ganz richtig zu seyn, wenn dagegen hervorgehoben wird, daß die geistige Thätigkeit, welche der Richter dabei entwickeln muß, keine eigenthümlich juristische ist; und es läßt sich nicht leugnen, daß verständige und gebildete Layen in der Regel aus der Totalität der Anschauung, welche auf einer genauen Kunde aller in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse und Persönlichkeiten beruht, einen ebenso sicheren Schluß auf Schuld und Unschuld werden ziehen können, als die Juristen, denen in einem solchen Fall keine besondere Erkenntnißquellen zu Gebote stehen. Daraus folgt denn allerdings, daß die gesetzlichen Vorschriften über den Anzeigebeweis nichts Anderes enthalten können, als eine Art Anleitung zum richtigen Urtheilen, und etwa eine Schranke gegen reine Willkührlichkeiten und Unbesonnenheiten; daß man aber das Unmögliche anstrebt, wenn man dadurch eine juristische Garantie für die Richtigkeit des Urtheils gewinnen will. Eine Nothwendigkeit der Juristengerichte für Criminalsachen liegt daher nicht vor; es fragt sich nur, ob es bestimmte Gründe giebt, welche für ihre Beibehaltung oder Abschaffung sprechen. Diese Frage ist hier aber ohne Rücksicht auf die

früher hervorgehobenen Puncte zu erörtern; denn was überhaupt gegen die ausschließliche Competenz der Juristengerichte spricht, das wird es auch namentlich bedenklich erscheinen lassen, die Criminalurtheile ganz in ihre Hände zu legen. Fassen wir also die Sache möglichst bestimmt, und stellen es zur Erwägung: wer bei der Würdigung eines Anzeigebeweises mehr geeignet ist das Wahre zu finden, ob der Jurist oder der Laye. Für jenen läßt sich anführen, daß im Allgemeinen doch Uebung und Studium einen Vorzug in den Geschäften geben, und daß also besondere Gründe vorliegen müßten, wenn es nicht auch hier der Fall seyn sollte. Die Aufgabe des Richters bei der Beurtheilung eines Indicienbeweises hat man sich doch so zu denken, daß er auf den Grund der ihm dargelegten Thatsachen und der ihm bekannt gewordenen Persönlichkeit des Angeschuldigten dessen Verhalten sich psychologisch construiren, und sich daraus über Schuld oder Unschuld eine bestimmte Ueberzeugung bilden muß. Der tüchtige Criminalist wird aber eine solche Verstandesoperation mit mehr Sicherheit und Klarheit vornehmen können, als der ungeübte Laye es wenigstens regelmäßig zu thun im Stande ist; und wenn man auch darauf ein besonderes Gewicht legen will, daß der unbefangene Sinn in Folge der lebendigen Anschauung und des schlichten Rechtsgefühls sehr oft das Rechte trifft, ohne eine systematische Reflexion über die einzelnen Momente, auf welche es ankommt, und über deren inneren Zusammenhang anzustellen; so läßt sich doch nicht absehen, wie die Gründlichkeit dieser Reflexion, die, weil sie eben das Nachdenken vor dem Schluß ist, nie ganz fehlen kann, der Wahrheit nicht nützen sollte. Diejenigen, welche dem Juristen diesen Vorzug nicht einräumen wollen, ja ihm die gewöhnliche Fähigkeit zur Beurtheilung eines

Indicienbeweises absprechen, denken auch gewöhnlich nur an seine Stellung als Richter der That, nicht aber an die wichtigen Functionen des Anwaltes, welcher doch nur dann erfolgreich wirken kann, wenn er alle in Betracht kommenden Momente nicht nur im Einzelnen richtig zu erfassen, sondern auch mit der größten Klarheit in ein bestimmtes Resultat zusammen zu führen weiß. Man wende dagegen nicht ein, daß der Advocat nothwendig einseitig sey; denn wenn er auch nur die eine Seite zu vertreten hat, so würde er damit doch wenig ausrichten, wenn er nicht Alles, was ihr gegenüber steht, ebenso klar und bestimmt vor Augen hätte. — Scheint nun aus dieser Erwägung ein Uebergewicht des Juristen über den Layen hervorzugehen, so ist doch auch nicht zu verkennen, daß die eigenthümliche Beschäftigung des Ersteren ihn leicht dahin führt, zu viel Gewicht auf das Einzelne und Spitzige zu legen, und daß er in Gefahr ist, den einfachen und großen Ueberblick über die Verhältnisse zu verlieren. Man hat die Bemerkung gemacht, daß große Juristen selten auch große Staatsmänner sind, und der Grund, welcher sich in dieser Erscheinung ausspricht, mag es auch rechtfertigen, wenn man ihnen die Criminalurtheile nicht ausschließlich überlassen will; daß es vielmehr passend erscheint, ihrer Schärfe und Consequenz die einfache und natürliche Betrachtungsweise nicht juristisch gebildeter Männer beizugesellen, damit beides sich gegenseitig trage und ergänze.

Fassen wir nun das bisher Gesagte zusammen, so stellt sich als dessen Ergebniß heraus, daß, obgleich die reinen Volksgerichte nicht mehr an der Zeit, doch auch die reinen Juristengerichte nicht zu vertheidigen sind, weil darunter der politische Geist des Volkes leidet, die Unabhängigkeit der Richter in ih-

nen nicht gehörig gewahrt ist, und die Rechtspflege selbst nur unvollkommen geübt werden kann. Das weist denn auf die dritte Art der Gerichte hin, nämlich auf **die gemischten**, mit denen wir es nun noch besonders zu thun haben. Die beiden verschiedenen Formen, in denen sie vorkommen, nämlich als Schwurgerichte und Schöffengerichte, sind bereits oben kurz charakterisirt worden; hier ist nun aber näher auf ihr Wesen und ihre Bedeutung einzugehen.

In England, wo bekanntlich das Schwurgericht seine moderne Ausbildung erhalten hat, kommt es für Civilsachen so gut wie für Criminalsachen vor, und zwar, wenn auch mit manchen Abweichungen, im Allgemeinen doch zu demselben Zweck, indem nämlich den Juristen eine gewisse Anzahl von Männern aus dem Volke beigeordnet wird, um über das Factische des Processes, über den beigebrachten Beweis ein Urtheil abzugeben. Es ist eine gründlichere Einsicht in das Wesen des englischen Civilprocesses nöthig, als ich mir habe verschaffen können, und vor Allem wohl die unmittelbare Beobachtung der Gerichtspraxis selber, um darüber zu entscheiden, ob und in wiefern die Wirksamkeit der Geschwornen in dieser Anwendung von großer Bedeutung und von durchaus günstigem Erfolge ist. Ohne Zweifel wird dadurch die Abwägung der Beweismittel mehr unter den Einfluß einer freien und lebendigen Rechtsanschauung gebracht, so daß neben der law of evidence die unbefangene Erwägung der Totalität des ganzen Rechtsfalls, welche durch das Verfahren in den englischen Gerichten so sehr begünstigt wird, möglich, und ein Mittel gegeben ist, welches den Mangel eines strengen Formalismus, der stets auf den juristischen Beweis der Rechtsgeschäfte bedacht ist, einigermaaßen ersetzt. Die Franzosen haben die

Geschwornen in Civilsachen nicht aufgenommen, und dafür im Notariat ein Institut aufgestellt, welches für die formelle Rechtssicherheit außerordentlich viel leistet, freilich aber auch große Opfer verlangt, welche scheint es vermieden werden könnten, wenn die äußere Form weniger ausschließlich in der Schrift und namentlich in den Acten der Notare concentrirt wäre. Der deutsche Proceß, wenigstens der gemeinrechtliche, ist in dieser Beziehung ganz verwildert, seitdem die Juristen den Grundsatz von der Klagbarkeit der formlosen Verträge aufgebracht haben, und für die daraus erwachsene Verlegenheit kein anderes Gegenmittel, als den Schiedseid aufzustellen wußten. Daß hier eine Aushülfe Noth thut, ist außer Zweifel; es fragt sich nur, ob man sich dem Princip des englischen oder dem des französischen anschließen, d. h. ob man dem Richter eine freiere Stellung bei der Beurtheilung des Factischen einräumen, oder wieder zu einem strengeren Formalismus zurückkehren soll. Ich glaube nun, daß in unserem Rechtsleben noch die Anhaltspuncte für das Letztere vorhanden sind, ohne daß man genöthigt wäre, sich zu der Einseitigkeit der französischen Gesetzgebung, von welcher auch die preußische, wenn gleich in anderer Art, nicht frei ist, hinzuwenden *); aber auch wenn der andere Weg einzuschlagen, oder wenn von beiden Seiten auf eine Reform hinzuarbeiten wäre, so würde doch noch zu untersuchen seyn, ob man dazu gerade der Geschwornen bedürfte, und ob nicht passender eine andere Einrichtung zu treffen sey. Das führt denn zu der Erwägung, welche Bedeutung die andere Art der gemischten Gerichte, nämlich die Schöffengerichte für die Civilsachen haben können.

*) Ich habe über diesen Gegenstand weitläuftiger gehandelt in der Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 2.

Wenn nun früher hervorgehoben ist, daß die Juristengerichte deswegen nicht ausreichen, weil die unmittelbare Kunde des Volksrechts und die gehörige Berücksichtigung aller dem Rechtsleben entnommenen Momente von ihnen nicht erwartet werden kann, so scheint es doch, daß auch die Geschwornen, welche nur über das Factische ohne unmittelbare Beziehung auf das Recht erkennen sollen, für diesen Mangel keine Aushülfe gewähren. Ließe sich aber eine solche Einrichtung treffen, daß neben den Juristen auch Männer aus dem Volke an der Rechtspflege in ihrem ganzen Umfange und ohne jene Trennung der Functionen Theil nähmen, so würde eines Theils jenes populäre Element des Rechts im Gegensatz zu der eigentlichen Jurisprudenz vertreten seyn, und andern Theils könnte dann auch dem Gerichte eher eine freiere Beurtheilung des Factischen überlassen werden, da hier, wenn auch in anderer Weise als bei dem Schwurgericht, durch die nicht juristisch gebildeten Schöffen die Volksansicht sich geltend machen würde. Die Schwierigkeit, welche der Durchführung einer solchen, gewiß heilsamen Reform entgegensteht, möchte hauptsächlich in der Beschaffenheit unseres ganzen Rechtswesens zu suchen seyn, welches durch und durch verworren und gelehrt, einer volksthümlichen Betrachtungsweise kaum zugänglich erscheint. Daher erklärt es sich auch, daß in den Gerichten, bei welchen in Folge früherer Einrichtungen noch jetzt eine solche Combination der Beisitzer besteht, die aus dem Volke fast ohne allen Einfluß auf die Urtheilsfassung sind, und daß auch da, wo man etwas Aehnliches wieder einzuführen gesucht hat, wie in den würtembergischen Oberamtsgerichten, sich kein rechter Erfolg heraus stellen will. Indessen darf man doch auf solche einzelne Erscheinungen kein zu großes Gewicht le-

gen; der in Würtemberg gemachte Versuch namentlich ist doch noch sehr unvollkommen und mangelhaft geblieben *), während andere Einrichtungen ähnlicher Art besonders bei den Handelsgerichten zu überraschenden Resultaten geführt haben. Daß aber in früheren Zeiten das den Gerichten beigegebene volksthümliche Element dem juristischen gegenüber keine selbständige Haltung bewahren konnte, wird nicht auffallen, wenn man bedenkt, wie die practische Jurisprudenz fast ganz auf das römische Recht gebaut war, und auch in ihren deutschrechtlichen Bestandtheilen fast ohne alle lebendige Beziehung zu dem Volksleben stand. Dazu kam nun, daß die Juristen- und Beamtenherrschaft nach allen Seiten hin fest begründet wurde, und daß es dem Volke in seinem eingeengten und gebrochenen Gemeindewesen an dem gehörigen Muth und Selbstvertrauen fehlte, um jenen Mächten gegenüber seine Ansichten und Bedürfnisse geltend zu machen. In neuerer Zeit hat sich aber in der Wissenschaft wie im Leben Vieles günstiger gestaltet, und es läßt sich mit Sicherheit annehmen, daß wenn es auch in Deutschland zu keiner umfassenden Codification kommen sollte, das Rechtswesen doch einen mehr volksthümlichen und natürlichen Charakter erhalten wird. Geht nun die Einführung jener Schöffenverfassung Hand in Hand mit der Erweiterung der bürgerlichen Freiheit, und lehnt sie sich namentlich an ein wohl organisirtes, würdig gestelltes Gemeindewesen an, so ist mit Grund zu hoffen, daß das ganze Institut, auf eine zeitgemäße Weise geordnet, seine Bestimmung erfüllen wird, zumal wenn es nicht auf einzelne Staaten vielleicht ge-

---

*) Vgl. Zeller, das Institut der würtembergischen Oberamtsgerichtsbeisitzer. Stuttgart, 1841.

ringen Umfangs beschränkt bleibt, sondern zu einer allgemeineren Geltung gelangt, und dadurch in den Kreis der gemeinsamen, nationalen Rechtsbildung hineingezogen wird. Dann wird auch der zum Schöffen erkorene Bürger dem Juristen gegenüber mehr Selbstvertrauen und Haltung gewinnen, und während er dessen Auctorität in Fragen, welche zu ihrer richtigen Beurtheilung eine tiefere Rechtskenntniß voraussetzen, gerne anerkennt, wird er doch auch über die ihm geläufigen Rechtsverhältnisse seine eigene Meinung geltend zu machen wissen. Eine solche gemischte Besetzung der Gerichte müßte dann aber, etwa mit Ausnahme eines Cassationshofes, durch alle Instanzen gehen; denn wenn sie nur in der untersten statt finden sollte, so würde es leicht geschehen, daß die verschiedene Zusammensetzung der Gerichte auch auf die Entscheidungen einen nachhaltigen Einfluß ausübte, und die Wirksamkeit der ganzen Einrichtung bedrohte, — ein Uebelstand, der sich practisch schon recht sehr bemerklich gemacht hat, wo die Appellation von Handelsgerichten an Juristengerichte geht. In dieser Beziehung kann ich daher auch nicht mit Reyscher übereinstimmen, der in einem interessanten Aufsatze die Schöffenverfassung ähnlich, wie hier geschehen, vertheidigt hat, sie aber auf die erste Instanz beschränken zu wollen scheint *).

Es ist nun aber weiter zu untersuchen, ob die Schöffengerichte nicht auch für die Criminalsachen einzuführen sind, und zwar zu dem Zweck, die oben gerügten Mängel der Juristengerichte dadurch zu beseitigen, ohne daß man zu dem Institut der Schwurgerichte seine Zuflucht zu nehmen brauchte.

---

*) S. Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. VI. 2. S. 363 ff.

Denn wenn auch eine Einrichtung deswegen, weil sie fremden Ursprungs, noch nicht verwerflich ist, vielmehr, wenn entscheidende Gründe für ihre Annahme sprechen, diese durchaus gerechtfertigt, ja nothwendig erscheint; so wird man doch zu einer solchen Nachahmung nicht greifen wollen, wenn sich durch die organische Fortbildung einheimischer Institute dasselbe oder noch mehr erreichen läßt. Von Alters her sind aber in Deutschland stehende Gerichte mit der ungetheilten Competenz auch über das Factische hergebracht gewesen, und so lange sich unser Rechtswesen eines gesunden Zustandes erfreute, hat diese Verfassung den Beifall und das Vertrauen der Nation für sich gehabt. Erst als man sich in Folge der Reaction gegen die unerträglich gewordene Juristen- und Beamtenherrschaft nach einer Abhülfe umsah, hat man nach dem Vorgange der Franzosen und anderer Nationen eine Nachbildung der englischen Schwurgerichte auch für Deutschland in Antrag gebracht. Es ist nun auch außer Zweifel, daß große Vorzüge mit dieser Einrichtung verbunden sind, und, was nicht hoch genug angeschlagen werden kann, sie hat die Probe der Erfahrung auch in den Ländern, die sie aufgenommen haben, bestanden, eine tüchtige Wirksamkeit bewährt und die Liebe der Völker gewonnen. Aber es bleibt doch immer zu erwägen, wie viel zu diesem Erfolge das mit dem Schwurgerichte verbundene gerichtliche Verfahren, namentlich die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen und die Theilnahme des Volkes an der Rechtspflege, welches beides aber auch der Schöffenverfassung zu vindiciren ist, beigetragen haben, und ob nicht gerade der Gegensatz zu den deutschen Juristengerichten jenem Institute einen so großen Glanz geben mußte. In der Schweiz, wo man sich doch auch auf die Freiheit versteht,

und im Ganzen dem französischen Wesen nicht abhold ist, hält man nicht viel auf das Schwurgericht, und zieht ihm die deutsche Schöffenverfassung vor, welche sich hier noch zum Theil in ununterbrochener Wirksamkeit und ursprünglicher Reinheit erhalten hat. Prüfen wir nun einmal unbefangen, wie im Allgemeinen der Werth beider Institute gegen einander abgewogen zu stehen kommt.

1. Man hat einen Haupteinwand gegen die Jury in der Schwierigkeit gefunden, welche der Trennung von jus und factum auch in Criminalsachen entgegen steht. Freilich ist es in England nicht ganz unbestritten, in wieweit die Geschwornen auch über den Rechtspunct entscheiden können; allein die Praxis ist doch gegen eine solche Ausdehnung ihrer Functionen, und wenn es sich um eine Nachahmung des Instituts handelt, so denkt man, wie in Frankreich, zunächst an jene Theilung des Richteramts. In der That ist diese aber in aller Strenge des Begriffs nicht durchzuführen, da das Verdict der Geschwornen, wenigstens unter gewissen Umständen, nicht bloß ein Urtheil über das Daseyn von Thatsachen enthält, sondern darin auch deren Beschaffenheit mit besonderer Rücksicht auf die Willensbestimmung des Angeschuldigten und überhaupt deren Beziehung zum Strafgesetz, wodurch sie unter den Begriff eines Verbrechens fallen, festgestellt wird, was nicht ohne eine gewisse Unterordnung des factum unter das jus zu denken ist. Dem Richter bleibt nun freilich, abgesehen von der Leitung der Verhandlungen, die Entwerfung der Fragen, welche den Geschwornen vorgelegt werden, und in deren Beantwortnng ihr Verdict besteht, so wie, wenn auf Schuldig erkannt worden, die Bestimmung des Strafmaaßes, und das ist allerdings der wichtigste Theil der Rechtsanwendung; aber wenn

auch nur etwas davon den Geschwornen überlassen ist, so muß dieß bedenklich erscheinen, da dieselben doch nach der ganzen Art ihrer Zusammensetzung und nach dem Princip des Instituts zu einer solchen Function nicht bestimmt sind. Indessen hat die Erfahrung gezeigt, daß dieser Umstand der Wirksamkeit der Schwurgerichte keinen Abbruch thut, daß vielmehr eine solche beschränkte Theilnahme an der Rechtsanwendung den Volksrichtern anvertraut werden kann, so daß sich also das Institut mächtiger zeigt, als der demselben untergebreitete Begriff. Aber man kann nun noch einen Schritt weiter gehen, und es zur Erwägung stellen, ob es nicht angemessen seyn sollte, den Juristen eine Theilnahme an der Thätigkeit der Geschwornen einzuräumen, und diese umgekehrt zu den Functionen der Juristen mit herbei zu ziehen. Denn wenn jene Thätigkeit dadurch einer Seits eine größere Sicherheit bekommen würde, welche die übersichtliche Darstellung des Gerichtspräsidenten nicht ganz ersetzen kann, so ist es andrer Seits nicht zu verkennen, daß ein gewisser Einfluß der Geschwornen auf die Formirung der Fragen, von welcher die Feststellung des Verbrechens abhängt, und auf die Bestimmung des Strafmaaßes oft sehr wünschenswerth wäre. Das weist denn eben darauf hin, die beiden Elemente der Schwurgerichte in ein Collegium zusammen zu rücken, und es dann dem eigenthümlichen Gewichte jedes Theils zu überlassen, daß es sich nach seiner Weise geltend mache. Dadurch würde eine gegenseitige Ergänzung und Beschränkung der einzelnen Bestandtheile des Gerichts begründet werden, deren innerliche und vollständige Durchdringung die Gesammtheit zur gemeinschaftlichen Anschauung und Beschlußnahme führte. Bei den Schwurgerichten ist es dagegen nicht wohl zu vermeiden, daß die Jury

bei der Abgabe ihres Verdicts nicht zuweilen von der Beschaffenheit der gesetzlichen Strafe, auf deren Abmessung sie unmittelbar nicht einwirken kann, sich bestimmen läßt, und so der Versuchung unterliegt, den ihr zur Beurtheilung vorgelegten Thatsachen Gewalt anzuthun.

2. Die Anforderungen, welche auch an die nicht juristischen Mitglieder der Schöffengerichte gemacht werden, sind nun freilich von der Art, daß ihre Erfüllung nicht in dem gleichen Grade von jedem unbescholtenen Bürger erwartet werden kann. Es ist dafür eine Umsicht, Selbständigkeit und Geschäftserfahrung nöthig, welche es wenigstens sehr wünschenswerth machen, daß nur besonders geeignete Personen mit dem Schöffenamte bekleidet werden. Daher geschieht hier die Besetzung der Stellen durch Wahl oder Verleihung. Auch ist bei dem großen Werthe, den Uebung und Erfahrung für die richterlichen Functionen haben, und wegen der nothwendigen Gleichstellung der Volksrichter mit den Juristen, eine gewisse Dauer des Amtes, wenn auch nicht gerade die lebenslängliche, unerläßlich. Anders bei den Geschwornen. Man sieht deren Thätigkeit für eine solche an, welche unter gewissen allgemeinen Voraussetzungen jeder Bürger gleichmäßig auszuüben vermag, und wenn daher an und für sich die Richter der That auch stehende seyn könnten, so läßt man sie doch aus den in den Geschwornenlisten enthaltenen Namen durch das Loos und nur für die einzelnen Assisen bestellen. Die Verschiedenheit dieser Einrichtungen hängt genau mit dem Wesen der beiden Institute zusammen, und kann also nur im Zusammenhang mit deren Werth und Bedeutung im Allgemeinen, nicht aber ohne Rücksicht darauf gehörig gewürdigt werden; sonst möchte, wenn man die Sache bloß für sich betrachtet, der Vorzug doch ent=

schieden auf Seiten des Schöffenthums seyn. Denn wie leicht man sich auch die Aufgabe der Geschwornen denkt (und wir haben schon bemerkt, daß sie doch nicht so ganz einfach sey), so sprechen doch erhebliche Gründe dafür, daß das mit besonders geeigneten, in den richterlichen Geschäften erfahrenen Männern besetzte Collegium im Allgemeinen mehr leisten, und das Rechte sicherer treffen wird, als ein anderes, bei dessen Zusammensetzung so Vieles vom Zufall abhängt. In England freilich, wo von Alters her die Einstimmigkeit der Jury zur Verurtheilung nöthig ist, liegt darin eine große Garantie, indem, wenn auch in der Regel die Majorität ihre Ansicht durchsetzen wird, den dissentirenden Mitgliedern ein Mittel gegeben ist, ihre feste Ueberzeugung bis auf das Aeußerste zu vertheidigen. Wenn das Verdict daher endlich zu Stande kommt, so stellt es sich als die Stimme der Gesammtheit heraus, in welcher der Engländer sein ganzes Land vertreten sieht, und diesem wird sich am Ende jeder Einzelne bereitwillig unterwerfen. Aber die nothwendige Einstimmigkeit der Jury, deren Durchführung in Folge langer Gewöhnung und einer bestimmt ausgebildeten Praxis in England möglich ist, wird sich nicht füglich bei der Verpflanzung des ganzen Instituts in die Fremde mit übertragen lassen; auch hat man sich allenthalben, wo das Schwurgericht aufgenommen worden, mit einer Mehrheit der Stimmen begnügt, deren verschiedene Feststellung immer den Charakter einer gewissen Willkührlichkeit an sich trägt, sobald die absolute Majorität nicht ausreichen soll. Daß man aber Bedenken findet, diese bei den Geschwornen gelten zu lassen, während man bei den stehenden Richtercollegien darin keine Gefahr sieht, weist doch darauf hin, daß für die Richtigkeit des Ver-

dicts mehr Garantien wünschenswerth scheinen, als für die des richterlichen Urtheils.

3. Dagegen fragt es sich, ob das Schwurgericht nicht rücksichtlich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einen Vorzug in Anspruch nehmen kann. So viel ist nun auch jedenfalls gewiß, daß ein so weites Recusationsrecht, wie hier, bei einem Schöffengericht nicht wohl statt finden kann, wenn sich gleich bei demselben durch die Aufstellung von Ersatzmännern auch in dieser Beziehung mehr thun läßt, als bei den Juristengerichten. Es ist aber überhaupt nicht zu leugnen, daß die Art, wie die Geschwornen bestellt werden, eine wichtige Garantie für ihre Unabhängigkeit giebt; denn wenn nur die Entwerfung der ersten Listen unbefangenen Händen anvertraut ist, so scheint die Ausübung eines unrechtmäßigen Einflusses auf die Jury, namentlich insofern dazu eine gewisse Vorbereitung, ein Aufwand von Zeit und langsam wirkenden Mitteln nöthig ist, fast unmöglich zu seyn. In jenen beiden Puncten liegt auch offenbar die Stärke des Instituts, und wenn das Schöffengericht keine entsprechende Garantie bieten könnte, so wäre dieß schon genügend, den Vorzug des Schwurgerichts vor demselben zu rechtfertigen; betrachten wir die Sache daher etwas genauer.

a. Es kommt Vieles auf die Art und Weise an, wie das Schöffencollegium besetzt wird. Von den juristischen Mitgliedern desselben wird freilich im Allgemeinen gelten, was oben von den Juristengerichten gesagt worden ist, und nur der Unterschied bestehen, daß eben die Beiordnung eines volkthümlichen Elements ihnen mehr Haltung und eine freiere Stellung gewährt. Die nicht juristischen Mitglieder aber müssen nicht nur aus dem Volke hervorgehen, sondern es ist auch ange-

messen, daß ihre Ernennung nicht einseitig von der Regierung geschehe, sondern von der Gemeinde vorgenommen werde, wenn auch unter einer gewissen Controle der Regierung. Nimmt man dann noch hinzu, daß auf sie dasjenige nicht paßt, was von der Abhängigkeit der Juristen als Staatsbeamten gesagt worden ist, und die Wahl in der Regel nicht nur auf die geschicktesten, sondern auch auf die rechtlichsten und ehrenhaftesten Männer fallen wird, so kann im Allgemeinen ihre eigene Unabhängigkeit und durch sie die des ganzen Gerichts vollkommen gewahrt erscheinen.

b. Die Unabhängigkeit der Gerichte ist aber nicht bloß gegen unrechtmäßige Einwirkungen, welche, sey es von oben oder von unten her, versucht werden möchten, zu sichern; es ist auch eine Verirrung der öffentlichen Meinung durch Mißverständnisse, Vorurtheile, Leidenschaften und absichtliche Aufregung möglich, welche, wenn sie auf die Entscheidung der Gerichte irgend einen Einfluß ausüben sollte, nicht weniger verderblich wirken würde, als die Cabinetsjustiz. Nach dieser Seite hin aber scheint das Schöffengericht eine größere Garantie darzubieten, als das Schwurgericht. Denn wenn auch beide im Volke wurzeln, und an der allgemeinen Stimmung, welche in demselben vorherrscht, Theil nehmen, so ist es doch ein großer Unterschied, ob jemand, welcher als Mitglied eines geschlossenen Gerichtshofes sich dieser Stellung bewußt ist, über gewisse Verhältnisse, die gerade dem Tagesinteresse verfallen sind, sich ein Urtheil bildet, oder ob es ein solcher thut, welcher ganz unerwartet unter die Geschwornen kommen kann. Jener wird sich bemühen, in Beziehung auf solche Thatsachen, über welche er wahrscheinlich als Richter wird entscheiden müssen, so viel an ihm liegt, sich die Unbefangenheit seines Urtheils zu bewahren,

während der letztere sich wie jeder andere den äußern Eindrücken hingiebt, dadurch vielleicht zu einer ganz einseitigen Ansicht gelangt, und diese nun, ohne daß er es will, mit sich in den Gerichtshof nimmt. Freilich wird der gewissenhafte Mann dadurch nicht unmittelbar sich bestimmen lassen; aber daß sein den Verhandlungen entnommenes Urtheil durch eine solche vorgefaßte Meinung leicht eine schiefe Richtung erhalten kann, ist doch wohl unzweifelhaft.

c. Was endlich das Recusationsrecht des Angeschuldigten betrifft, so kann dieß allerdings gegen die Schöffen nicht so weit zugelassen werden, als gegen die Geschwornen; allein ihre öffentliche Stellung muß sie auch gegen eine ganz unmotivirte Verwerfung schützen, und wenn Gründe dafür angegeben werden (die sich übrigens gegen ein bestimmtes Gerichtspersonal nicht so häufig finden werden, als gegen die erste große Geschwornenliste), so kann stets die gehörige Rücksicht darauf genommen werden. Dagegen ist von einem ständigen Richtercollegium außer der Erwägung der allgemeinen Bürgerpflicht und der moralischen und juristischen Verantwortlichkeit auch die Wahrung der Amtsehre zu erwarten, welche sich bei dem steten Wandel der Geschwornen unter diesen nicht wohl in derselben Weise ausbilden kann.

4. Die Verfassung der Schöffengerichte, welche ein geringeres Personal in Anspruch nehmen, gestattet es, daß sie für einen verhältnißmäßig kleineren Bezirk angeordnet werden, als die Schwurgerichte. Das kann nun unter Umständen, namentlich bei einer dünnen Bevölkerung und bei unvollkommenen Communicationsmitteln von großer Bedeutung werden, und ist jedenfalls für die Personal- und Localkenntniß des Gerichts, so wie für die Bequemlichkeit der Dingpflichtigen von

Wichtigkeit. Ja es möchte überhaupt angemessen seyn, die Scheidung zwischen Polizeigerichten, wo nur Juristen fungiren, und Schwurgerichten nach der Beschaffenheit der Verbrechen ganz fallen zu lassen, und dafür die Schöffengerichte allgemein durchzuführen, in der Art, daß das niedere Gericht, für einen kleineren Bezirk eingesetzt, nur für die geringeren Vergehen competent wäre, das höhere aber, welches den vollen Blutbann hätte, über die schwereren Verbrechen aburtheilte. Ließe sich eine solche Einrichtung durchführen, und dadurch das reine Juristengericht ganz verbannen, so würde (das wird jeder zugeben, der überhaupt gegen das Letztere eingenommen ist) Vieles gewonnen seyn. Denn es hat doch etwas Unnatürliches an sich und ist nur durch die Nothwendigkeit zu entschuldigen, wenn jemand, dessen Ehre, Freiheit und Vermögen, kurz dessen ganzes Lebensglück auch durch eine geringere Strafe bedroht ist, nicht aller Garantien, welche das Recht gewähren kann, sich soll erfreuen dürfen. Eine Durchführung der Schwurgerichte auf alle diese Fälle hat aber große Bedenken, und ist bis jetzt auch nicht versucht worden.

5. Auch der Punct darf nicht unbeachtet bleiben, daß es von Wichtigkeit ist, ein und dasselbe Princip in der Rechtspflege herrschen zu lassen. Für Civilgerichte ist, wie gezeigt worden, das Schöffenthum der Jury unbedingt vorzuziehen; wollte man nun diese für die Criminalsachen einführen, so käme ein Dualismus in die Gerichtsverfassung, was freilich kein absolutes Uebel ist, aber doch wo möglich vermieden werden muß. Auch in dieser Hinsicht war das altdeutsche Recht consequent, wie es jetzt das englische ist; denn wie hier die Geschwornen, waren dort die Schöffen in beiden Fällen thätig. Ist aber eine solche Einheit in der Gerichtsverfassung

zu empfehlen, so soll damit doch natürlich nicht gesagt seyn, daß nicht die Civil- und Criminalgerichtsbarkeit nach der Competenz der Behörden getrennt seyn könnte.

6. Eine solche allgemeine Einführung der Schöffengerichte mit nicht juristischen Beisitzern würde freilich die Thätigkeit des Volks mehr, wie bei der vereinzelten Anwendung der Jury, in Anspruch nehmen, und von den Einzelnen ein nicht geringes Opfer an Zeit und Mühe für das allgemeine Beste erheischen. Das würde namentlich in solchen Bezirken schwer empfunden werden, wo es an einer größeren Anzahl von Personen fehlte, deren bürgerliche Lage ihnen eine gewisse Freiheit von täglich wiederkehrenden Berufsarbeiten und Muße und Neigung für die öffentlichen Geschäfte gestattet. Zwar würde sich, wie in andern gemischten Behörden, Manches durch die juristischen Beisitzer allein abthun lassen; aber in dieser Beziehung wäre doch ein gewisses Maaß zu halten, weil große Vorsicht nöthig, daß dadurch nicht ein entschiedenes Uebergewicht auf Seiten der Juristen sich bilde. Man darf sich in dieser Hinsicht keiner Täuschung überlassen, und muß eine Frage zur bestimmten Entscheidung bringen. Entweder will die Nation von der ausschließlichen Herrschaft der Beamten auch in den niederen Kreisen des bürgerlichen Lebens befreit werden, und selbständigen Antheil an den öffentlichen Geschäften nehmen; dann muß sie auch die Opfer nicht scheuen, welche damit nothwendig verbunden sind. Oder sie ist schon so sehr in der Gewöhnung der ewigen Bevormundung verfangen, daß sie sich von ihrer Bequemlichkeit, Selbstsucht und Vergnügungssucht nicht losreißen kann, und lieber, als selbst handeln, andere für sich will schalten und walten lassen; dann entsage sie auch den Streben nach wahrhaft politischer Freiheit,

und begnüge sich mit den Genüssen, welche das materielle Wohlergehen auch dem Sklaven gewähren kann. Denn die Freiheit ist nicht für ein erschlafftes und egoistisches Geschlecht; sie ist in jeder Hinsicht ein theures Gut, und will mit harter Arbeit und schwerem Dienst errungen und erhalten seyn. — Als die Schöffen von Magdeburg zur Zeit, da die städtische Bürgerfreiheit noch in Blüthe stand, gefragt wurden:

> Ab dy scheppin icht vorteyls alzo an geschosse (Abgaben) habin mogin durch erbit wille eris amechtis (von wegen der Mühe ihres Amtes)?

Da antworteten sie:

> Lybin frunde. Ir habit uns in ewern brifen lassin vorstehin, das Ir wenig nutzes von ewrim amecht des scheppin stulis. Darczu künnen wir nicht (nichts) czu sagin; wenne (denn) wer sich yn stetin (Städten) erlichir amecht undirwyndet und annympt, wenne (wenn) her (er) darczu gekorn und geheyssen wirt, der muß erbit unde sorge habin, umb das, das her das amecht wol unde getrewlich vorstehe. Wen (Sonst) wir weldin euch wohl gonnen, das Ir vil fromen und nutcz davon hettit.

Fasse ich nun das Resultat der obigen Erörterung kurz zusammen, so ist es dieses: das Schwurgericht, wenn auch dem reinen Juristengericht vorzuziehen, steht doch dem Schöffenthume nach, und da wir in Deutschland noch zu wählen haben, so ist für die Einführung des Letzteren zu stimmen. Dabei zeigt sich aber allerdings eine Schwierigkeit, welche nicht unberücksichtigt bleiben darf. In den Provinzen des linken Rheinufers besteht schon das Schwurgericht, und ist bei der dortigen Bevölkerung in einem solchen Grade populär, daß

an eine freiwillige Aufgebung kaum zu denken seyn wird, während es ihr doch ohne ihre Zustimmung nicht entzogen werden kann. Dagegen ist es aber doch aus vielen Gründen durchaus wünschenswerth, daß sich die deutsche Gerichtsverfassung wo möglich nach demselben einheitlichen Princip gestalte, und namentlich für diejenigen Staaten, zu denen die gedachten Provinzen gehören, ist es eine sehr nahe liegende Aufgabe, die in ihrem Innern bestehende Verschiedenheit des Rechtswesens auszugleichen und zu vermitteln. Dieser Erfolg ließe sich nun, scheint es, am Besten dadurch erreichen, wenn man die deutschen Juristengerichte, welche doch einer Reform bedürfen, aufgäbe und sie mit dem rheinischen Schwurgerichte vertauschte. Allein es fragt sich eben, ob dieser Schritt durchaus nothwendig ist, um jene Rechtsgleichheit zu erlangen, und ob nicht gerade in dem Schöffengericht das Mittel gegeben seyn sollte, eine Ausgleichung zwischen den beiden sich gegenüberstehenden Systemen herbeizuführen. Gerade der fränkische Stamm, zu welchem die Bevölkerung am Mittel- und Niederrhein gehört, hat ja am Ersten und am Consequentesten das Schöffenthum ausgebildet; sollte es nicht, in freisinniger und zeitgemäßer Weise entwickelt, auch jetzt noch dort eine solche Anerkennung finden, daß das Schwurgericht freiwillig dafür hingegeben würde? Es versteht sich von selbst, daß die übrigen Vorzüge des Gerichtswesens, deren jene Provinzen sich erfreuen, und namentlich die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens ihnen nicht bloß bewahrt bleiben, sondern noch in einer freieren, dem deutschen Geiste entsprechenden Ausbildung dargeboten werden müßten. Auch würden sie dann ein würdig gestaltetes Gemeindewesen als die Basis des Schöffenthums gewinnen, und dadurch eines Gutes, für dessen Erlangung in neue-

ster Zeit so schöne Bestrebungen in ihrer Mitte rege geworden sind, theilhaftig werden.

Zum Schluß dieser Erörterung ist nun noch in kurzen Zügen anzudeuten, wie etwa die Verfassung der Schöffengerichte einzurichten sey, damit sie ihrem Zweck entsprechen können.

1. Der Begriff der gemischten Gerichte setzt voraus, daß sie aus einer Mehrheit von Personen bestehen. In welchem Verhältniß dabei die Juristen und die Volksrichter vertreten werden, ist im Gesetz genau zu bestimmen, im Allgemeinen aber das Princip fest zu halten, daß stets die Mehrzahl der Stellen mit den letzteren besetzt wird. Denn die größere Rechtskunde und Uebung der Juristen wird diesen doch leicht einen überwiegenden Einfluß verschaffen, dem auf die angegebene Weise ein Gegengewicht bereitet werden kann. Der Präsident sey stets ein Jurist, die geringste Zahl der Richter aber drei; nur da, wo sich Polizei und Rechtspflege in minder wichtigen Sachen begegnen, wird das Institut der Friedensrichter oder ein ähnliches nicht wohl zu vermeiden seyn.

2. Die Gerichtsbezirke schließen sich passend der Gemeinde an, und zwar so, daß die Competenz nach dem engeren und weiteren Umfang des Communalverbandes bestimmt wird. Der Staat ernenne die juristischen, die Gemeinde die nicht juristischen Schöffen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit als Ausfluß der gutsherrlichen Gewalt, der exemte Gerichtsstand und ähnliche Ueberreste früherer unstaatlicher Rechtszustände müssen gänzlich verschwinden. — Das Alles setzt freilich eine organisch durchgebildete Gemeindeverfassung und überhaupt die freiheitliche Entwicklung der deutschen Staatsverhältnisse voraus: aber ohne eine umfassende Reform des ganzen Rechtswesens

hoffe man nicht, einen Theil desselben tüchtig und groß zu gestalten. Hier hängt Alles zusammen und bedingt sich wechselsweise.

3. Das Schöffenamt sey für die juristischen Mitglieder lebenslänglich, und ernähre sie anständig; für die Volksrichter aber werde es auf gewisse Jahre beschränkt, etwa auf sechs, doch so, daß die Wiedererwählung des Abtretenden, wenn er sie genehmigt, frei bleibt. Dem Volksrichter bringe sein Amt nur Ersatz für unmittelbare Auslagen und Kosten, also auch Diäten für die Zeit der Amtsfunction am dritten Ort; aber es gereiche ihm zur hohen, auch äußerlich in der politischen Berechtigung dargestellten Ehre, und mache ihn frei von jedem andern Staats- und Gemeindedienst, dem er sich nicht freiwillig unterzieht.

4. Den Anwälten werde eine würdige Stellung gegeben, wie es ihr hochwichtiger Beruf und das Interesse einer guten Rechtspflege durchaus erfordern; der Thätigkeit der Winkeladvocaten beuge das Gesetz vor, ohne das Recht der Vertretung vor Gericht durch dritte Personen unnöthig zu beschränken.

II. Das gerichtliche Verfahren.

Es kommt hier vor Allem auf die Erledigung der Frage an, ob Oeffentlichkeit und Mündlichkeit wieder das Princip des deutschen Processes werden, oder ob es bei dem geltenden geheimen, schriftlichen Verfahren sein Bewenden haben soll. Das ist der eigentliche Mittelpunct eines Kampfes, der jetzt in Deutschland mit so großem Eifer geführt wird, und von dessen Ausgang so unendlich viel nicht bloß für das Rechtswesen, sondern für die ganze politische Zukunft der Nation abhängt. Denn man überlasse sich über die Bedeutung des

in Frage gestellten Princips keinen Täuschungrn: dasselbe steht nicht vereinzelt da, und läßt sich nicht aus seinem Zusammenhang herausnehmen, um etwa für einen wohlfeilen Preis andere Anforderungen damit abzukaufen, oder gewissen Mängeln des Gerichtswesens dadurch abzuhelfen. Nein, es hängt auf das Innigste zusammen mit der ganzen Gestaltung des politischen Lebens und mit dem Geiste, welcher dasselbe künftig bei uns beherrschen soll. Die Oeffentlichkeit ist ein so mächtiges Princip, daß es sich nicht willkührlich auf eine bestimmte, enge Grenze beschränken läßt: ist es für die Verhandlungen vor den Gerichtshöfen als gemeines Recht anerkannt worden, so wird sich daneben, wenigstens in politisch bewegten Zeiten, das Geheimniß der Büreaukratie, der Preßzwang nicht lange halten können, oder es kommt in Folge des klar gewordenen Zwiespalts in der Verfassung zu einseitigen Beschränkungen, welche das Wesen der Einrichtung selbst wieder bedrohen. Daher erklärt es sich auch, daß der Kampf um Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im gerichtlichen Verfahren ein so hohes politisches Interesse erweckt, und nicht bloß mit den Gründen der juristischen Zweckmäßigkeit geführt werden kann. Wo diese auch vorangestellt werden, da ruhen doch meistens allgemeinere Ansichten und Tendenzen im Hintergrunde, mögen sie nun zum Bewußtseyn gekommen, die Meinung des Kämpfenden bestimmen, oder ihm unbewußt auf sein Urtheil einwirken. — Bei diesem Stande der Sache ist eine wiederholte Prüfung der Frage nicht überflüssig, selbst nachdem schon so manches gewichtige Wort darüber gesprochen worden ist; es bleibt doch leicht noch der eine oder der andere Punct übrig, der in ein besseres Licht gestellt werden kann, oder durch die besondere Art der Behandlung dem allgemeinen Verständniß näher ge-

bracht wird. Eine vollständige, alle Seiten der Frage ins Auge fassende Erörterung derselben wird hier aber nicht beabsichtigt.

Zuvörderst wird es nicht überflüssig seyn, ausdrücklich zu bemerken, daß das Princip, welches der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens zum Grunde liegt, keinen absoluten Gegensatz zu demjenigen bildet, welches in dem heimlichen, schriftlichen Proceß ausgeprägt ist. Mit der Schriftlichkeit der Verhandlungen läßt sich freilich keine wahre Oeffentlichkeit verbinden, da die Bekanntmachung aller Actenstücke durch die Presse, wenn auch an und für sich möglich, doch vernünftiger Weise nie als Regel verlangt werden kann, und auch nur eine höchst unvollkommene Aushülfe seyn würde. Dagegen läßt es sich allerdings denken, daß eine mündliche Verhandlung statt fände, ohne daß die Oeffentlichkeit derselben sich weiter als auf die dabei durchaus nothwendigen Personen erstreckte. Aber auch wenn man den Gegensatz zwischen beiden Formen des gerichtlichen Verfahrens so auffaßt, wie er sich thatsächlich darstellt, und nur die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit in ihrer vereinigten Durchführung als diejenige Einrichtung anerkennt, um welche der Kampf geführt wird; so läßt sich doch nicht in Abrede nehmen, daß eine gewisse Beimischung des heimlich-schriftlichen Processes nicht nur möglich ist, sondern auch nicht ganz entbehrt werden kann. Selbst im Civilproceß wird man Bedenken tragen, die Berathung und Abstimmung des Gerichts vor dem Publicum geschehen zu lassen, und wenn im Criminalproceß der Hauptverhandlung auch nur eine vorläufige Untersuchung zur Ermittlung der Schuld vorhergeht, sey es um ein Geständniß zu erlangen oder um Indicien zu sammeln, so wird die volle Publicität dabei nicht wohl

statt haben können, wenn auch die spätere Wiederholung aller relevanten Handlungen nöthig ist. Ebenso verhält es sich mit der Mündlichkeit: in schwierigen und verwickelten Civilsachen wird man alle Schriftsätze zur Einleitung des Verfahrens und zur Feststellung des Streitgegenstandes nicht ganz vermeiden können, und die Voruntersuchung im Criminalproceß muß gleichfalls zu Papier gebracht werden, wie denn überhaupt das Gerichtsprotokoll der ganzen Verhandlung in ihren Grundzügen zu folgen hat, und für gewisse Fälle selbst die Zuziehung von Schnellschreibern sehr dienlich seyn kann. Es kommt dabei immer nur auf das Wesentliche, auf das Princip der Sache an, und dieses wird gewahrt seyn, wenn nur alle Hauptverhandlungen, von denen das richterliche Urtheil unmittelbar abhängt, öffentlich und mündlich vor sich gehen. Dem verständigen Ermessen bleibt es dann überlassen, den Punct zu bestimmen, wo eine Modification ohne Gefahr, den Zweck der ganzen Einrichtung zu bedrohen, zugelassen werden kann, oder wo die Sache selbst aufgegeben wird, und nur ein kümmerliches Zugeständniß inhaltsloser Formen den Schein geben soll, als ob wirklich etwas Reelles geboten sey, was doch nur eitel Blendwerk und Spiegelfechterei ist. — In dieser Beziehung wird man sich aber auch nicht ängstlich an die Grundsätze des altdeutschen Processes halten dürfen, der, abgesehen von seinem Princip, manche Mängel hatte und in seinen Formen und Symbolen der Gegenwart fast ganz entfremdet ist. Selbst die Oeffentlichkeit erheischt jetzt zum Theil andere Mittel, als in früheren Zeiten. Wie wollte man z. B. bei den politischen und socialen Zuständen der Gegenwart ein ungebotenes Echteding in regelmäßiger Wiederkehr zusammen bringen, und so die ganze Gemeinde, die Weiber, Kinder und übrigen

Schutzpflichtigen durch ihre Voigte vertreten, in einer Versammlung vereinigen? Wie viele würden schon wegen ehehafter Noth ausbleiben; die Weiber haben in der Regel keinen Geschlechtsvormund mehr; die früher Hörige waren, sind jetzt persönlich frei, aber oft nicht geeignet, mit voller politischer Berechtigung auch nur in der Gemeinde aufzutreten. Statt solcher Einrichtungen, die nur noch ausnahmsweise als die Urversammlung der stimmberechtigten Gemeindeglieder vorkommen können, dient jetzt die Presse, welche ja überhaupt das wichtigste Mittel der modernen Publicität ist, so daß sie, wenn auch nur die Möglichkeit des freien Zutritts zu den Verhandlungen für wenige besteht, doch allen die Früchte desselben zukommen läßt. Daher können Zeitungsberichte, öffentliche Bekanntmachungen, namentlich die Edictalcitationen gegenwärtig Manches von dem, was man mit dem alten Echteding bezweckte, ersetzen.

Welches Princip ist denn nun aber im Proceß vorzuziehen, das der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, oder das der Heimlichkeit und Schriftlichkeit? In einem Werke, welches von dem deutschen Volksrecht handelt, wird sich die Antwort schon von selbst ergeben. Wir haben freilich schon an die dreihundert Jahre uns mit dem fremdländischen, römisch-canonischen Kunstwerk der Juristen herumgetragen, und die Form unseres Rechtslebens in diese Bande geschlagen. Aber wenn noch die Kraft einer lebensvollen und organischen Regeneration in der Nation ist; wenn der göttliche Funken altgermanischer Freiheit, der in England zur hellen Flamme aufgeschlagen ist, und selbst das erstarrte Leben der romanischen Völker geistig durchwärmt hat, in Deutschland, seiner Heimath, nicht ganz verkommen ist, sondern, unter der Asche fortglimmend,

zum neuen Glanze aufgeregt werden kann; — wenn wir überhaupt noch auf ein freies und nationales Rechts- und Staatsleben hoffen dürfen: so wird auch ein frischer und tüchtiger Geist in unsere Gerichtshöfe wieder einziehen, und statt der Actennoth und elender Geheimnißkrämerei wieder das offene Wort und die besonnene, aber energische Entschlossenheit darin herrschen. Wir müssen aus der Schriftgelehrsamkeit heraus zur lebendigen That, so wie in allen Beziehungen des öffentlichen Lebens, so auch namentlich in dem gerichtlichen Verfahren. Und auch darüber ist kein Zweifel: wenn der Richter seine Kenntniß der Sache nur aus den Acten heraus lesen kann, so ist es mit einer volksthümlichen Reform unserer Gerichtsverfassung vorbei. Denn es wäre baarer Unsinn, die Männer aus dem Volke, welche als Schöffen oder Geschworne fungiren sollen, zu einer solchen Arbeit anhalten zu wollen, bei der selbst der studirte Jurist, dem sie Lebensberuf ist, so oft seine geistige Frische und Unbefangenheit zusetzt. Die unmittelbare Anschauung der lebendig vor die Sinne gebrachten Momente, in würdiger Sammlung und mit ernstem Wahrheitseifer zur letzten Entscheidung zusammen gefaßt, — das ist es, was den Richter in seinem Urtheil bestimmen muß, und was nie durch die Schrift ersetzt werden kann, wenn sie auch dabei als Aushülfe zu gebrauchen ist. — Fassen wir die Sache aber nach ihren einzelnen Beziehungen noch etwas näher ins Auge.

1. Ein wesentlicher Vorzug des öffentlich-mündlichen Verfahrens besteht darin, daß es eine so wirksame Garantie für die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und überhaupt für die Gewissenhaftigkeit der Gerichte gewährt. Denn in der Oeffentlichkeit der Verhandlungen erwächst der Gerechtigkeit eine

Stütze, gegen die, wenn überhaupt ein öffentlicher Geist im Lande ist, kein ungesetzlicher Einfluß auf die Dauer etwas vermag. Einen merkwürdigen Beleg für diese Behauptung bietet die Stellung, welche die Gerichtshöfe in Frankreich einnehmen. Man gefällt sich von einer gewissen Seite darin, den moralischen Verfall der französischen Nation recht hervorzuheben, und wenn es dabei auch nicht an augenscheinlichen Uebertreibungen fehlt, so kann die Thatsache doch nicht in Abrede gestellt werden, daß wenigstens in gewissen Classen Ostentation, Genußsucht und überhaupt ein gottloses, egoistisches Treiben auf eine traurige Weise überhand genommen haben. Aber die Rechtspflege ist von diesem bösen Wesen unberührt geblieben; die Gerichtshöfe stehen rein und makellos da, und in dem von Parteiungen zerrissenen Lande haben sie sich einen unangetasteten Ruf und das volle Vertrauen der Volkes erhalten. Mögen auch manche Umstände zusammen kommen, um dieses glänzende Resultat hervorzurufen, und ist selbst der tradionell fortgepflanzte Unabhängigkeitssinn der alten Parlamente nicht ohne Einfluß darauf, — der Hauptgrund, worauf diese Erscheinung in ihrer Dauer beruht, ist doch ohne Zweifel in der Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens zu suchen.

2. Bei dem schriftlichen Verfahren ist ein schneller Proceßgang nicht möglich. Das ergiebt sich schon aus formellen Gründen, und die Erfahrung der deutschen Gerichte, welche mit Rückständen überhäuft zu seyn pflegen, und deren Langsamkeit sprichwörtlich geworden ist, bezeugt es. Nun sind wir freilich überhaupt kein feuriges und rasches Volk; aber um so mehr ist es eben nöthig, daß wir durch die Form nicht noch mehr zurückgehalten werden. Von welcher Bedeutung aber

diese gerade in dieser Hinsicht ist, das zeigt der Umstand, daß auch in Deutschland da, wo das öffentlich-mündliche Verfahren consequent durchgeführt worden, die Beschwerden über Justizverzögerung aufhören, — ein Erfolg, der in Verbindung mit der größeren Wohlfeilheit der Processe, fast allein schon genügt, der ganzen Einrichtung die Liebe des Volkes zu gewinnen.

3. Wie schon bemerkt worden, giebt das mündliche Verfahren eine Lebendigkeit der Anschauung, welche in der Art dem Papier nie zu entnehmen ist, selbst wenn die Schriftsätze und Protokolle eine Vollständigkeit und Genauigkeit erhielten, welche in der Wirklichkeit nicht zu erreichen ist. Dazu kommt, daß, wo das schriftliche Verfahren besteht, in den meisten Fällen nach den Vorträgen der Referenten entschieden werden muß, und das ganze Collegium nicht einmal die vollständige Kenntniß der Acten erhält.

4. Man sagt wohl, das mündliche Verfahren schade der Gründlichkeit und schließe die ruhige und umsichtige Erwägung aus. Aber nicht die Länge der Zeit, welche auf das Nachdenken verwandt wird, giebt die Gewähr, daß das Rechte gefunden werde; es kommt vor Allem auf die Energie und Sammlung an, mit welcher der Geist thätig ist. Was in dieser Hinsicht fester Wille und Uebung thun können, das zeigt nicht bloß die Erfahrung, das lehrt auch die Psychologie; und im Nothfall kann ja das Gericht seinen Spruch aussetzen. Auch bei dem mündlichen Verfahren werden freilich Fehler und Versehen vorkommen; aber gewiß nicht häufiger und keine schlimmeren, als sie jetzt täglich unter der Herrschaft des gemeinen deutschen Processes begangen werden.

5. Die Oeffentlichkeit der Verhandlungen belebt das

Rechtsgefühl des Volkes und giebt ihm Vertrauen zur Justiz. Diese bleibt nicht mehr die unheimliche Macht, welche wie ein Fatum über den Häuptern der Bürger schwebt; sondern sie tritt menschlich unter die Menschen, und läßt sich in ihrer Werkstätte beschauen. So ist schon in der Oeffentlichkeit eine Garantie gegeben, welche in Verbindung mit einer weise geordneten Gerichtsverfassung die Anwendung äußerer Mittel, um die Gerechtigkeit der Urtheile zu documentiren, entbehrlicher macht. Die mühsame und zeitraubende Ausarbeitung der Entscheidungsgründe wird, zumal wenn kein Instanzenzug statt findet, in der Regel unterbleiben können.

6. Allein ein Einwand wird gegen die Mündlichkeit und folgeweise gegen die Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens erhoben, der von Bedeutung ist, und manchen gewissenhaften Juristen dagegen gestimmt hat, — das ist die Erschwerung des Gebrauchs der Rechtsmittel. In der That ist dieß ein Umstand, welcher alle Aufmerksamkeit verdient, weil dadurch für das schriftliche Verfahren ein wesentlicher Vorzug begründet scheint. Denn in der wiederholten Prüfung eines Rechtsfalls durch ein höheres Gericht liegt allerdings eine wichtige Garantie für die Gerechtigkeit der endlichen Entscheidung; dieß in Abrede stellen zu wollen, ist baare Sophisterei. Es fragt sich nur, ob der Vortheil, welcher dadurch gewonnen wird, von solcher Wichtigkeit ist, daß er alle Vorzüge des öffentlich-mündlichen Verfahrens aufhebt und für das entgegengesetzte Princip den Ausschlag giebt, und das läßt sich mit Fug verneinen.

An und für sich ist der Gebrauch der Rechtsmittel auch beim öffentlichen Verfahren nicht ausgeschlossen. Schon im älteren deutschen Proceß kam ein Zugrecht an die Oberhöfe

vor, dessen Zweck freilich meistens die Einholung einer Rechtsbelehrung war, ohne daß die Verhandlungen der ersten Instanz wiederholt zu werden brauchten; auch das französische Recht läßt ja unbedingt eine Cassation der gesprochenen Urtheile wegen Nullität zu, und gewährt in allen Fällen, wo die Gerichte ohne Zuziehung von Geschwornen geurtheilt haben, einen regelmäßigen Instanzenzug. Diese Unterscheidung aber scheint da, wo das Schöffenthum consequent durchgeführt worden, nicht begründet, so wie sie ja auch von selbst wegfiele, wenn die Geschwornen stets zur Entscheidung herbeigezogen würden; es wird daher die Frage, in wiefern Rechtsmittel mit dem öffentlichen Verfahren zu vereinigen sind, bei einer ganz gleichmäßigen Einrichtung der Gerichtsverfassung nach andern, in der Natur der Sache liegenden Momenten zu bestimmen seyn. Dabei kommt es denn namentlich darauf an, ob der Spruch einer höheren Instanz möglich wird ohne die Wiederholung der ganzen vorhergegangenen Verhandlung, oder ob die Grundlage, worauf das erste Urtheil erwachsen ist, für das spätere nicht maaßgebend seyn kann. Das führt aber darauf, zwischen Civil- und Criminalsachen zu unterscheiden. In jenen, wo nach der Verhandlungsmaxime das Princip des Verzichtes von Einfluß ist, und der einmal festgestellte Thatbestand nicht einseitig verändert werden kann, wird es in der Regel möglich seyn, die relevanten Thatsachen und namentlich auch das Resultat der Beweisführung in den Schriftsätzen der Parteien, so weit diese zulässig sind, und im Gerichtsprotokoll zu fixiren. Auf diese Grundlage wird sich in Verbindung mit den Entscheidungsgründen der unteren Instanz eine neue mündliche Verhandlung vor dem höheren Gerichte einleiten lassen, ohne daß die Wiederholung des früheren Verfahrens

durchaus nothwendig wäre. Anders verhält es sich dagegen mit den Criminalsachen; denn hier fällt das Princip des Verzichtes weg, es kommt nur auf das materielle Recht an. Auch hängt das Meiste von der unmittelbaren Anschauung der Richter ab, von dem Eindruck, den das Benehmen, die besondere Subjectivität des Angeschuldigten und der Zeugen, kurz die Totalität der gesammten Verhandlung hervorbringen. Sollte nun dennoch auf die in der ersten Instanz erwachsenen Acten das zweite Urtheil abgegeben werden, so würde für dieses gerade die Hauptgarantie für das ganze öffentlich-mündliche Verfahren verloren gehen, auch abgesehen davon, daß man Alles so weitläuftig zu Papier bringen müßte, als es nur bei dem rein schriftlichen Verfahren nöthig ist. — Es wird also anzunehmen seyn, daß in Civilsachen ein regelmäßiger Instanzenzug neben der Oeffentlichkeit bestehen kann, ohne daß die Wiederholung der früheren Verhandlungen anders als ausnahmsweise nöthig wäre; daß diese aber in Criminalsachen als die Regel eintreten muß, wenn das Verfahren nicht an einer wesentlichen Unvollkommenheit leiden soll. Dadurch würde aber ein solcher Aufwand von Zeit und Kosten entstehen, und die Handhabung der Rechtspflege würde im Allgemeinen so erschwert werden, daß die allgemeine Zulassung von Rechtsmitteln in Criminalsachen sehr bedenklich erscheint. Sie müßten wohl jedenfalls auf bestimmte Fälle beschränkt, und auch nicht ganz der Willkühr des Angeschuldigten überlassen werden; vielleicht ließe sich z. B. ein solches Auskunftsmittel treffen, daß eine bestimmte Minorität der Richter das Erkenntniß unter gewissen Umständen schelten, und an ein anderes Gericht ziehen könnte.

Nun ist es freilich von großer Bedeutung, daß dieselbe Sache wiederholt von unbefangenen Richtern geprüft werde,

und namentlich in Criminalsachen, bei denen es sich um die höchsten Güter der Menschen handelt, scheint eine Einrichtung, wodurch eine solche wiederholte Prüfung unter allen Umständen möglich gemacht wird, noch mehr nöthig zu seyn, als in Civilsachen. Aber auf der andern Seite läßt es sich doch nicht leugnen, daß darin nur ein Mittel gegeben ist, die Gerechtigkeit der Urtheile zu sichern. Für den heutigen deutschen Proceß mußte diese Garantie absolut nothwendig erscheinen, weil er sonst so haltungslos da stand, und daher erklärt es sich, daß man, was ihm an innerm Werthe abging, durch äußere Mittel zu ersetzen suchte, und ein so großes Gewicht auf die drei Instanzen und auf die Motivirung der Urtheile legte; aber es fragt sich eben, ob nicht durch eine volksthümliche Gestaltung der Gerichtsverfassung und die Oeffentlichkeit der Verhandlungen ein Resultat erreicht werden kann, welches an sich schon das Vertrauen zur Rechtspflege erhöht, und die beschränkte Anwendung jener äußeren Garantien möglich macht. Das ist eben der Punct, worauf es ankommt: man hat die Wahl zwischen dem heimlich-schriftlichen Verfahren mit seinen Garantien und dem entgegenstehenden Systeme; eine vollständige Verschmelzung beider Institute, die Aneignung aller Vortheile ohne alles Opfer ist nicht wohl möglich. Erwägt man nun aber die großen Vorzüge einer volksthümlichen Gerichtsverfassung mit öffentlich-mündlichem Verfahren; bedenkt man, daß gerade das Bewußtseyn, in erster und letzter Instanz zu entscheiden, für den Richter die größte Aufforderung zur möglichst umsichtigen und besonnenen Entscheidung enthält; nimmt man ferner in Betracht, daß auch bei der ausgedehntesten Anwendung der Rechtsmittel doch immer eine willkührlich gezogene Grenze bestehen muß, und daß auch da-

durch, wie durch andere Mittel, nur die Wahrscheinlichkeit für die Gerechtigkeit des Urtheils erhöht, aber doch keine Gewißheit dafür gegeben wird; beachtet man endlich, daß sich unter allen Völkern, welche sich einer volksthümlichen Gestaltung ihres Gerichtswesens erfreuen, kein Verlangen nach jener ausgedehnten Anwendung der Rechtsmittel zeigt, während sie in Deutschland doch kein rechtes Vertrauen und keine wahre Befriedigung hervorrufen konnte; so läßt sich mit Fug behaupten, daß auch dieser Grund nicht für den gemeinen deutschen Proceß spricht, und die Wage zu seinen Gunsten nicht sinken macht.

Es könnte hier noch manches Andere, und namentlich auch die Frage erörtert werden, ob für den Proceß die Untersuchungs- oder die Verhandlungsmaxime zur Geltung zu bringen ist; doch will ich auf das Weitere nicht näher eingehen. Was insbesondere den eben hervorgehobenen Punct betrifft, so ist für Civilsachen die Verhandlungsmaxime die des gemeinen Rechts, und eine Abweichung davon, welche in Preußen versucht worden, hat in ihrem Erfolge eben nur die wohl zu beachtende Lehre gegeben, wie gefährlich es ist, wenn eine particuläre Gesetzgebung in selbständiger Haltung eine Reform durchführen will, welche nicht auf einem wahrhaft nationalen Princip beruht, sondern bloß theoretisch aus scheinbaren Gründen der Zweckmäßigkeit abstrahirt ist. Was aber den Criminalproceß betrifft, so sind darüber doch nachgerade auch alle freisinnigen und unbefangenen Juristen einig, daß für diesen eine gründliche Aenderung nöthig ist, welche zum accusatorischen Verfahren mit einem öffentlichen Ankläger zurückführen muß,

wenn auch eine voraufgehende Untersuchung damit in Verbindung zu setzen ist. Das Alles hängt freilich mit einer Reform unseres ganzen Gerichtswesens, wie sie im Obigen erörtert worden, genau zusammen; doch würde eine genauere Behandlung des Gegenstandes über den Plan dieser Schrift hinausführen.

II.

Das Juristenrecht.

Zehntes Kapitel.

Methode des Juristenrechts.

Das Daseyn eines selbständigen deutschen Juristenrechts ist ein geschichtliches Factum, welches als solches seine volle Anerkennung verlangt. In der That hat man es auch seit seiner Entstehung, welche mit der Aufnahme des römischen Rechts zusammenfällt, zu allen Zeiten als einen Theil des positiven Rechts gelten lassen und zur Anwendung gebracht, wenn man auch nicht immer dieselben Ausdrücke dafür gebrauchte, und über den Grund und Umfang seiner Geltung, so wie über die Art seiner Erkenntniß in mannichfachen Schwankungen und Irrthümern begriffen war. Anfangs nahm man mit dem römischen Recht die von den italienischen Juristen ausgebildete Lehre von der communis Doctorum opinio auf, welche von dem unter den gegebenen Verhältnissen ganz richtigen Grundsatze ausging, daß die gemeinsame Ueberzeugung des Juristenstandes oder doch die überwiegend vorherrschende Meinung seiner bedeutendsten Vertreter über die Geltung eines im römischen Recht nicht klar ausgesprochenen Rechtssatzes entscheide. Die Schwäche dieser Theorie lag, abgesehen von dem Werth der ganzen Rechtsbildung, mit welcher die bezeichnete Anschauungsweise unmittelbar zusammen hing, hauptsächlich in der Art, wie man sie zur Anwendung brachte. Denn statt eine

wissenschaftliche Untersuchung über jene unter den Juristen fest gewordene rechtliche Ueberzeugung anzustellen, begnügte man sich meistens damit, einzelne Auctoritäten, unter denen Bartolus und Baldus mehr noch als die Glossatoren hervorragten, anzuführen, oder, als später eine genauere Bekanntschaft auch mit andern Practikern verbreitet ward, und auch die deutsche Jurisprudenz schon eine Literatur bekam, ohne Kritik und oft durch ein ganz oberflächliches Zählen der Gewährsmänner die **communis opinio** zu bestimmen. Dieß Verfahren, wogegen schon Zasius eiferte, kann man als die erste Periode in der Entwicklung des deutschen Juristenrechts bezeichnen. Je mehr sich aber das römische Recht in der Praxis der Gerichtshöfe und überhaupt im Rechtsleben festsetzte, desto größer ward auch die Selbständigkeit der deutschen Juristen; es ward schon auf die Ansichten derer, welche es mit der unmittelbaren Anwendung des Rechts zu thun hatten, und namentlich auf die Rechtssprüche ein bedeutendes Gewicht gelegt. Am Ersten und Entschiedensten machte sich in dieser Beziehung die Auctorität des Reichskammergerichts geltend; später, als sich auch einzelne Landesgerichte, und unter diesen besonders die sächsischen, eine allgemeinere Anerkennung verschafft hatten, wurden sie gleichfalls bei der Feststellung des Juristenrechts berücksichtigt. Noch entschiedener wirkten darauf aber die Juristenfacultäten ein, als sich aus dem **jus respondendi** der einzelnen Doctoren der Gebrauch der Facultätserachten und daraus wieder in allmäliger Entwicklung eine wahre Jurisdiction der Spruchcollegien, wenn auch in der ursprünglichen Form der Rathsertheilung, für das ganze Reich gebildet hatte. Denn die academischen Lehrer standen doch mehr, als die Beisitzer der andern Gerichtshöfe, in einer unmittelbaren Beziehung zur juri-

stischen Theorie, welche sie nun also mit der Rechtsanwendung in die nächste Verbindung bringen konnten. Aus diesem Allen erklärt es sich, daß nach und nach die communis DD. opinio als Grund des Juristenrechts nicht mehr ganz so wie früher aufgefaßt ward, und daß man neben den Ansichten angesehener Schriftsteller besonders auch die in den Rechtssprüchen dargelegte Ueberzeugung berücksichtigte. Das ward denn auch seit der Mitte des 17. Jahrhunderts in der juristischen Terminologie bemerklich, indem man das Juristenrecht nicht mehr als communis opinio, sondern als usus fori, Gerichtsgebrauch, Praxis zu bezeichnen pflegte, und den Ausdruck „gemeine Meinung" hauptsächlich auf den Fall beschränkte, wenn es sich nicht um die Begründung selbständiger Institute, sondern um die Entscheidung anhängiger Controversen handelte. Auch stellte man wohl die Theorie der Praxis ausdrücklich gegenüber, aber bis auf die neueren Zeiten nicht, um damit einen innern Gegensatz auszudrücken, sondern nur, um die Verschiedenheit der Form und des Zwecks bei der Thätigkeit der Juristen anzudeuten. Denn die berühmtesten Practiker Deutschlands galten auch für bedeutende Theoretiker, obgleich sie wohl den Anforderungen einer sogenannten eleganten Jurisprudenz nicht immer genügten. Diese hat aber überhaupt auf das deutsche Rechtswesen stets nur einen sehr mittelbaren und beschränkten Einfluß ausgeübt.

Auf die angegebene Weise nun ist es geschehen, daß in Deutschland schon seit Langem ein Juristenrecht, wenn auch nicht dem Namen, so doch der Sache nach anerkannt worden ist. Und wie hätte es auch anders seyn können, da es ja außer allem Zweifel ist, daß ein großer Theil des positiven Rechts nur durch den Einfluß des Juristenstandes gebildet,

und daß sogar die Aufnahme des römischen Rechts dadurch allein möglich geworden ist. Ja dieses selbst stellt sich in seiner allmäligen Umwandlung und Modernisirung für den heutigen Gebrauch eigentlich als ein Juristenrecht dar, wenn auch mit einem sehr bedeutenden positiven Fundamente; auf der andern Seite aber haben ja gleichfalls die deutschrechtlichen Institute derselben Quelle zum großen Theile ihre Entstehung und gemeinrechtliche Ausbildung zu verdanken! Bei diesem Stande der Sachen darf es daher billig Wunder nehmen, daß gerade in neuester Zeit dem Juristenrecht von manchen Seiten die Anerkennung versagt wird, und daß man sich noch nicht über dessen Begriffsbestimmung und Methode geeinigt hat. So hat noch neulich unter Anderen Mittermaier *) die Existenz eines selbständigen Juristenrechts ganz geleugnet, weil es auf Willkühr beruhe, und wie oben gezeigt worden, wollen Puchta und v. Savigny dasselbe nur insoweit gelten lassen, als sich wahres Volksrecht darin offenbare. Ich kann in diesen Ansichten nur eine willkührliche Beschränkung des positiven Rechtsstoffs finden, welche von theoretischen Voraussetzungen, die mit den geschichtlich begründeten Rechtszuständen in Deutschland nicht übereinstimmen, ihren Ausgang nimmt; doch kommt allerdings auch in Betracht, daß die wissenschaftliche Behandlung des Juristenrechts bis jetzt sehr mangelhaft gewesen ist, und daß namentlich die Versuche, eine bestimmte Methode für die Erforschung desselben anzugeben, so selten gemacht sind und einen so geringen Erfolg gehabt haben. In früherer Zeit fühlte man überhaupt nicht das Bedürfniß, sich über den Begriff des Juristenrechts und über das bei seiner weiteren Entwicklung

*) Grundsätze des deutschen Privatrechts. 6. Aufl. I. §. 34.

beobachtete Verfahren Rechnung abzulegen. Man nahm, nach der Art einer gewandten Routine, die Sache, wie sie sich äußerlich darstellte, und begnügte sich meistens damit, einen Rechtssatz mit der Allegation einzelner Auctoritäten zu belegen, welche dann in ihrem Ansehen nach den verschiedenen Perioden wechselten, und oft auch für die einzelnen Theile Deutschlands verschieden waren. Noch gegenwärtig ist für manche Juristen Glück's Commentar ein wahrer Codex des Juristenrechts, und wer auch selbständiger zu Werke geht, der kommt doch selten über das Ansammeln einzelner Auctoritäten hinaus, ohne die ganze Masse des zur Beurtheilung vorliegenden Materials in Fluß zu bringen und geistig zu durchdringen. Selbst Maurenbrecher *), der zuerst weitläuftiger über die Methode des Juristenrechts gehandelt hat, kann sich von dem Gewicht der Zahl und von der wunderlichen Ansicht, als ob es sich dabei von einem Beweisverfahren handle, nicht losmachen, so daß er von Beweis und Gegenbeweis, von Einreden des Irrthums und der Unvernünftigkeit spricht, Beweismittel aufführt u. s. w. Nur in wenigen Compendien und Monographien ist ein mehr wissenschaftlicher Weg eingeschlagen worden; aber allgemeine Regeln für die Methode hat man daraus noch nicht abstrahirt. Es wird daher vor Allem nöthig seyn, sich zuvörderst hierüber zu verständigen, ehe das Juristenrecht seinem Inhalte nach einer näheren Betrachtung unterzogen werden kann.

Die eigentliche Quelle des Juristenrechts in Deutschland ist die seit der Aufnahme des römischen Rechts thatsächlich begründete Macht des Juristenstandes, welcher das Recht nach

---

*) S. besonders dessen Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. I. §. 28 ff.

allen Seiten hin beherrschte, und dadurch auch den nachhaltigsten Einfluß auf dessen Ausbildung und Feststellung erlangte. Es machte sich eine Ansicht unter den Juristen geltend, welche vielleicht einem bestimmten Bedürfnisse entsprach, vielleicht aber auch vorzugsweise in theoretischen Voraussetzungen oder gar Irrthümern ihren Grund hatte; man begann in den Gerichten die Rechtsverhältnisse darnach zu beurtheilen; auch die einzelnen Rechtsgeschäfte wurden darnach eingerichtet; selbst die Gesetzgebung accommodirte sich dieser Entwicklung, und ehe man es sich versah, hatte sich eine neue Rechtsregel gebildet und stand als ein Bestandtheil des gemeinen Rechts da. Wenn denn auch über deren Geltung vielleicht kein Zweifel mehr herrschte, so suchte man doch die letzte Begründung oft, nachdem jener Entwicklungsproceß bereits vollendet war, in andern Umständen als eben in der Meinung der Juristen, welche sich, über ihre eigene Productionskraft scheint es verwundert, für ihre Schöpfung nach einer äußeren Stütze umsahen. Insofern nun durch eine solche Rechtsbildung den Anforderungen der modernen Lebensverhältnisse genügt wurde, und die Juristen nur als ein Organ des Volksrechts thätig gewesen waren, kann man das so entstandene Juristenrecht füglich zum Volksrecht zählen oder doch als dessen Ersatz ansehen. Allein wie der deutsche Juristenstand überhaupt nicht auf der breiten Basis des Volkslebens ruhte, und in keiner unmittelbaren Beziehung zum Volksbewußtseyn stand, sondern meistens ein abgeschlossenes, gelehrtes Wesen trieb, und sein Wissen mehr aus abgestorbenen Rechtsquellen, als aus der lebendigen Fülle der Thatsachen und Verhältnisse schöpfte; so mußte es auch geschehen, daß das von ihm gebildete Recht zum großen Theil nur die Kraft einer bloß äußerlichen Gel-

tung erhielt, und sich daher als Gewohnheitsrecht im Gegensatz zum Volksrecht darstellte.

Wenn nun aber das Juristenrecht in der Ueberzeugung des Juristenstandes begründet ist, so kann die Erkenntniß desselben nur dadurch erlangt werden, daß man es eben als in dieser Ueberzeugung existirend nachweist. Dabei ist allerdings ein doppelter Weg möglich, ähnlich wie er schon bei den Erkenntnißquellen des Volksrechts bezeichnet worden ist. Es läßt sich nämlich denken, daß ein Jurist eine so unmittelbare Anschauung von der gemeinsamen Ueberzeugung seines Standes hat, und sich, indem er eine darauf beruhende Rechtsregel anwendet oder ausspricht, so bestimmt als dessen Repräsentanten fühlt, daß er ohne eine vermittelnde Operation, und also auch ohne sich einer besonderen wissenschaftlichen Methode zu bedienen, sicher das Rechte trifft. Eine solche unmittelbare Anschauung des Juristenrechts wird sich namentlich dann finden, wenn die Geltung der Normen, um welche es sich handelt, keinem Zweifel mehr ausgesetzt ist, und sie in gleichmäßiger Anwendung so schnell wiederkehren, daß durch die häufige Uebung auch der Einzelne mit ihrem Daseyn ganz vertraut wird, was besonders bei den Regeln des Processes der Fall ist. Allein während diese Art der Erkenntniß bei dem Volksrecht als das Ursprüngliche und Natürliche sich darstellt, und statt dessen nur in Folge besonderer Umstände eine wissenschaftliche Operation nöthig wird, so verhält sich bei dem Juristenrecht die Sache gerade umgekehrt. Denn es verträgt sich nicht mit der Stellung, welche die deutsche Rechtsverfassung dem Juristen angewiesen hat, daß er sich, um die Geltung eines Rechtssatzes zu motiviren, bloß auf seine unmittelbare Rechtsanschauung beruft, wenigstens nicht in solchen Fällen, wo diese

eben nur auf einer juristischen Ueberzeugung beruhen soll. Es ist freilich ein ganz verkehrtes Verfahren, ohne genügenden Grund eine von der Jurisprudenz einmal anerkannte Regel zu negiren, und wenn dieß vielleicht deswegen geschieht, weil die Begründung derselben nicht im römischen Recht oder in einer andern Quelle des geschriebenen Rechts nachgewiesen werden kann, so liegt darin ein offenbares Zeugniß von der mangelhaften Kenntniß der modernen Rechtsbildung; was sich als eine besondere Wissenschaftlichkeit geltend machen will, stellt sich am Ende nur als eine einseitige und dürftige Gelehrsamkeit heraus. Allein der Jurist muß dennoch im Stande seyn, auch solchen Anfechtungen, denen das fest begründete Juristenrecht ausgesetzt seyn kann, wissenschaftlich zu begegnen, d. h. er muß nicht bloß die Existenz der Regel, sondern auch den Grund derselben darthun können. Ganz unerläßlich aber wird diese Aufgabe, wenn über die Geltung eines Rechtssatzes oder gar eines ganzen Rechtsinstituts Zweifel bestehen, und eine genaue Erwägung des Für und Wider nothwendig wird, um zu einer bestimmten Ansicht zu gelangen. Eine solche wissenschaftliche Begründung des Juristenrechts setzt aber eine sichere Methode in der Behandlung des zur Beurtheilung vorliegenden Rechtsstoffs voraus, welche, soweit überhaupt eine freie geistige Thätigkeit es zuläßt, nach bestimmten Regeln verfährt, und dadurch zu so festen Resultaten gelangt, als die Wahrheit auf dem Wege der Empirie und Geschichte überhaupt gefunden werden kann. Denn das ist hier vor Allem fest zu halten und hervorzuheben, daß es sich bei der Methode des Juristenrechts von einer wissenschaftlichen, also freien und geistigen Thätigkeit handelt. Wer dabei mit einer bloß mechanischen Fertigkeit glaubt auskommen zu können, der thut über-

haupt besser, sich von vorn herein nach einer andern Beschäftigung umzusehen, welche dem Handwerke etwas näher steht, als diese. Selbst die Anwendung einer civilproceßmäßigen Beweislehre auf die Feststellung des Juristenrechts ist ganz und gar zu verwerfen, mehr noch als auf die des Volksrechts. Denn hier läßt sich doch, insofern der Juristenstand aus dem Volksleben ausgeschieden ist, unter Umständen die Nothwendigkeit zugeben, daß man seiner mangelhaften Kenntniß der Thatsachen mit einer Beweisführung zu Hülfe komme; bei dem Juristenrecht aber kann es nur die Sache des Juristen seyn, sich mit dem Material zu versehen, aus welchem er die Ueberzeugung seines Standes zu erkennen hat. Dieß gilt gleichmäßig, mag die Untersuchung nun ein theoretisches oder ein bestimmtes practisches Interesse haben; selbst wenn es sich um specielle Rechtsnormen handelt, muß der Jurist sich selbständig in den Besitz der Mittel setzen können, welche etwa zur Erledigung seiner Zweifel und zur Begründung seiner Ansicht erforderlich sind. Wollte er diese Aufgabe einer Partei zuweisen, so würde das nichts Anderes heißen, als daß er dieser mehr juristische Bildung, Tact und Kenntnisse zutraue, als sich selber. Natürlich aber muß es den Parteien gestattet seyn, Alles, was in Beziehung auf den Rechtssatz zu ihren Gunsten spricht, dem Richter vorzutragen, und ihn überhaupt bei seiner wissenschaftlichen Operation zu unterstützen.

Die Methode des Juristenrechts trägt also den Charakter einer freien, wissenschaftlichen Untersuchung an sich; ihre nähere Bestimmung aber erhält sie durch ihren Gegenstand. Indem sie nämlich die Aufgabe hat, das Recht als das Ergebniß der Ueberzeugung des Juristenstandes darzustellen, muß sie allen den Erscheinungen nachgehen, in denen diese Ueberzeugung

sich kund gegeben, und den Juristen daher allenthalben hin folgen, wo sie eine einflußreiche Thätigkeit entwickelt haben, und wo die Spuren davon erkennbar sind. In dieser Hinsicht lassen sich drei Gebiete unterscheiden, deren Grenzen freilich vielfach in einander laufen, die aber doch in einer gewissen Absonderung neben einander bestehen können, — ich meine das Gebiet der Theorie, der practischen Rechtsanwendung und der Gesetzgebung.

1. Die Thätigkeit der Juristen zeigt sich als Lehre in Rede und Schrift, wodurch die Ansichten am Bestimmtesten und Unmittelbarsten ihre Verbreitung finden. Für die Darstellung des Juristenrechts ist aber dabei nicht bloß auf solche Vorträge Rücksicht zu nehmen, welche dasselbe direct zu ihrem Gegenstande haben; sondern von der ganzen Masse des überlieferten wissenschaftlichen Apparates ist dasjenige zu benutzen, was auf irgend eine Weise zu der rechtsbildenden Kraft des Juristenstandes in einem bestimmten Verhältnisse steht und von derselben Zeugniß ablegt. Man pflegt diese Seite der juristischen Thätigkeit als die Theorie zu bezeichnen, diesen Begriff aber bald enger bald weiter zu fassen, je nachdem man nur die rein wissenschaftlichen Arbeiten, ohne eine bestimmte Beziehung auf die Rechtsanwendung und die Gesetzgebung, darunter befaßt, oder jede Darstellung dahin rechnet, welche einen allgemeineren Zweck hat, und nicht der Erledigung einer bestimmten practischen Aufgabe ausschließlich gewidmet ist. In diesem letzteren Sinne würde also ein Buch, welches eine Reihe von Präjudicaten benutzte, um daraus vermittelst einer selbständigen Bearbeitung der vorgekommenen Rechtsfragen wissenschaftliche Resultate zu ziehen (wie etwa die Abhandlungen von Heise und Cropp), zur Theorie zu rechnen seyn, während

umgekehrt das Wort in seiner engeren Bedeutung genommen fast nur für eine historische oder philosophische Behandlung des Rechts paßte. Allein jene weitere Auffassung scheint die richtigere und auch insofern angemessener zu seyn, als dadurch der Ansicht, daß die Rechtswissenschaft ein selbständiges, vom Leben unabhängiges Ziel in sich trage, bestimmt entgegen getreten wird. Damit soll aber natürlich nicht gesagt seyn, daß die historische Forschung und die Philosophie für das Juristenrecht keine Bedeutung haben; denn da es einen Theil des positiven Rechts bildet, so bietet es der wissenschaftlichen Behandlung alle Seiten dar, welche nur an diesem überhaupt zu finden sind.

2. Verschieden nun von der Theorie ist diejenige Thätigkeit der Juristen, welche in der Anwendung des Rechts auf einzelne Rechtsverhältnisse und Geschäfte besteht, und also zunächst die Erledigung eines bestimmten practischen Falls zu ihrer Aufgabe hat. Der Umstand, daß sich auch in dieser Hinsicht der Einfluß der Juristen zu einer fast ausschließlichen Herrschaft erhoben hat, ist gerade die Veranlassung gewesen, daß sie ihre theoretischen Ueberzeugungen in das Rechtsleben einführen und zur positiven Geltung bringen konnten. Jene practische Thätigkeit zeigt sich nun vor Allem als die Rechtsanwendung in den Gerichten, hauptsächlich natürlich in den richterlichen Urtheilen, aber auch in den Vorträgen der Advocaten und in den ausgestellten Gutachten, welche, wenn sie von angesehenen Juristen ausgingen, oft von großem Einfluß auf die Rechtsbildung geworden sind. Man thut daher jedenfalls Unrecht, wenn man sich die juristische Praxis allein in der richterlichen Amtsführung concentrirt denkt; noch größer aber ist der Irrthum, wenn man annimmt, daß das Juristen=

recht sich bloß aus den Präjudicaten ableiten lasse. Diese sind für den Zweck, um den es sich hier handelt, nichts anders, als Zeugnisse von der juristischen Ueberzeugung der Majorität eines bestimmten Gerichts, und haben häufiger ihren Grund in der schon früher ausgebildeten Theorie, als daß sie umgekehrt diese hervorrufen, obgleich hier natürlich eine lebendige Wechselwirkung zwischen der Rechtslehre und der Rechtsanwendung besteht, welche sich gegenseitig befestigen und bestimmen. In andern Staaten, namentlich in Frankreich und England, haben allerdings die Präjudicate der obern Gerichtshöfe einen größeren und mehr unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsbildung gewonnen, als vom Standpunct des gemeinen Rechts aus für Deutschland zugegeben werden kann; selbst die Auctorität der Reichsgerichte ist auch in dieser Hinsicht immer nur eine beschränkte geblieben, obgleich die Gesetzgebung entschieden darauf hin zu wirken suchte, in ihnen einen Mittelpunct für die einheitliche Entwicklung des gemeinen Rechts zu begründen. Aber die Religionsstreitigkeiten, die vielen Exemtionen, die allmälige Auflösung der Reichsverfassung und überhaupt die thatsächlich so wenig würdige und erfolgreiche Stellung namentlich des Reichskammergerichts, welches den Verfall des nationalen Wesens nur zu treu in sich abspiegelte, — diese Gründe ließen es nicht zu einer bindenden Kraft der reichsgerichtlichen Präjudicate kommen, für deren regelmäßige Veröffentlichung auch nicht einmal gesorgt war. Ich wüßte in der That keine einzige Lehre zu nennen, welche dadurch ihre definitive Feststellung erlangt hätte; nur die Reception des römischen Rechts ist, wie früher gezeigt worden, durch das Reichskammergericht wesentlich befördert worden, aber mehr in Folge eines allmälig wirkenden Einflusses, als durch die Kraft be-

stimmter, unmittelbar geltender Entscheidungen. Auch in den einzelnen deutschen Staaten ist der Grundsatz, daß die unteren Gerichte, unabhängig von den Ansichten der höheren Instanz, frei nach ihrer Ueberzeugung zu erkennen haben, stets als die gemeinrechtliche Regel festgehalten worden, so daß eine Abweichung davon einer besonderen particularrechtlichen Begründung bedarf. Das gilt namentlich auch von den gemeinen Bescheiden der Obergerichte, — eine Einrichtung, deren zeitgemäße Fortbildung neulich in Preußen und Baiern hinsichtlich der Plenarbeschlüsse des obersten Gerichtshofes versucht worden ist. — Diese Freiheit der subjectiven Ueberzeugung des Richters hat sich für Deutschland auch in den einzelnen Gerichtshöfen geltend gemacht, indem man bei ihnen häufiger, als es bei andern Völkern der Fall ist, ein Abgehen von früher ausgesprochenen Ansichten, und daher ein Schwanken und oft einen directen Widerstreit in den Präjudicaten findet, je nachdem sich die Ueberzeugung der Majorität ändert. Das erklärt sich aber vorzugsweise daraus, daß bei der Beschaffenheit unseres positiven Rechts und unserer ganzen Verfassung, welche der gelehrten Theorie einen so weiten Spielraum gestatten und der Entwicklung des Rechts aus den Lebensverhältnissen heraus so wenig günstig sind, die Hauptkraft des Juristenstandes nicht in den eigentlichen Practikern concentrirt ist. Diese lassen sich vielmehr das Material, namentlich das gemeinrechtliche, welches seiner Natur nach einem gewissen Wandel unterworfen ist, meisten Theils von den Theoretikern bereiten und zutragen, und kommen dadurch in eine Abhängigkeit, welche die freie Beherrschung des Rechtsgebiets durch ihre Präjudicate unmöglich macht, und natürlich auch das feste Beharren bei Ansichten, die sie nicht selbständig begründet haben,

außerordentlich erschwert. — Nach dieser Darstellung ist nun im Allgemeinen zu beurtheilen, was von der verbindlichen Kraft früherer Präjudicate für das erkennende Gericht gelehrt zu werden pflegt, indem man in dieser Beziehung von einer Observanz der Gerichtshöfe als einer besonderen Rechtsquelle handelt, welche denn wohl gar als die einzige, wirklich begründete Erscheinung des Juristenrechts aufgefaßt wird. Diese letztere Ansicht, welche auf eine irrige Deutung einzelner Bestimmungen des römischen Rechts zurückzuführen ist, können wir füglich unbeachtet bei Seite lassen; was aber die sogenannte Observanz der Gerichtshöfe betrifft, so hat man sich darunter nichts anders zu denken, als ein Gewohnheitsrecht, welches sich in der engen Sphäre einzelner Collegien ausgebildet hat, und wodurch Fragen des formellen Rechts, z. B. über die Dauer gewisser Fristen, ein für allemal festgestellt sind, so daß eine willkührliche Abweichung davon unzulässig erscheint. Auf gewisse Weise läßt sich nun auch eine solche Observanz allerdings als eine Art des Juristenrechts auffassen; nur ist es auch hier nicht gerade nothwendig, daß es durch Präjudicate festgestellt ist, und die Wirkung desselben wird in der Regel nur die eines particulären oder localen Rechtes seyn, indem sie sich nicht über die Competenz des betreffenden Gerichtshofes hinaus erstreckt.

Die Thätigkeit des Juristenstandes in der Rechtsanwendung wird nun gewöhnlich die Praxis genannt; doch bezeichnet man mit demselben Ausdruck auch das Resultat jener Thätigkeit in Beziehung auf die Rechtsbildung, so daß er dann dasselbe bedeutet, was sonst Gerichtsgebrauch, usus fori genannt wird. Die Praxis steht also, der Strenge des Begriffs nach, der Theorie gegenüber; weil aber, wie schon be-

merkt worden, die Grenzen zwischen beiden in der Wirklichkeit nicht geschieden sind, so nimmt man es gewöhnlich auch mit dem Sprachgebrauch nicht so genau, und bedient sich des einen wie des andern Ausdrucks bald im weiteren bald im engeren Sinne, faßt auch wohl beides unter einem gemeinschaftlichen Namen zusammen, zu welchem Zwecke z. B. Eichhorn der Terminologie des französischen Rechts das Wort Doctrin entlehnt hat.

3. Mit der Anführung der Theorie und Praxis pflegt man sich nun zu begnügen, wenn die verschiedenen Seiten der juristischen Thätigkeit, auch mit Rücksicht auf die Erkenntnißquellen des Juristenrechts, angegeben werden. Aber es ist noch ein drittes Moment zu betrachten, welches gerade für die Entwicklung des deutschen Juristenrechts von der größten Wichtigkeit geworden, — das ist die Theilnahme der Juristen an der Gesetzgebung. Diese mußten sie nämlich in ihre Hände bekommen, wenigstens insofern sie sich auf das eigentliche Rechtsgebiet bezog, weil sie überhaupt das Recht fast ausschließlich in der Theorie und Praxis beherrschten; und so erklärt es sich, daß seit dem Anfange des 16. Jahrhunderts kaum ein Rechtsgesetz in Deutschland erlassen worden ist, mochte es nun eine selbständige Schöpfung seyn oder in der Ueberarbeitung älterer Statute bestehen, dessen Abfassung nicht vorzugsweise von Juristen besorgt worden wäre. Dadurch kam auch die Gesetzgebung in ein bestimmtes Verhältniß zur juristischen Theorie, von der sie nicht bloß einzelne Institute und Rechtssätze entlehnte, sondern auch im Allgemeinen ihre Richtung und nähere Bestimmung erhielt. Hatten dann die Namen der Verfasser und die Tüchtigkeit ihrer Leistungen dem Gesetz einen gewissen Ruf verschafft, so wurde dasselbe nicht bloß ein

Muster für spätere Arbeiten ähnlicher Art, sondern es wirkte auch wieder auf die Theorie zurück und galt so gut wie eine ausgezeichnete Schrift oder ein tüchtiges Präjudicat als eine neue Auctorität. Suchten nun aber die Juristen auch ihre theoretischen Ueberzeugungen, soweit es ihnen möglich war, in die von ihnen bearbeiteten Gesetze zu bringen, so sahen sie sich doch oft veranlaßt, den Anforderungen der Sitte und des Lebens nachzugeben, und solche Bestimmungen, welche sie von ihrem besonderen Standpuncte aus nie zu vertheidigen gewagt hätten, mit einer gesetzlichen Sanction zu bekleiden. Dadurch ward denn für das Juristenrecht selbst eine weitere Entwicklung vorbereitet, indem man sich allmälig daran gewöhnte, das in den Gesetzen enthaltene Material wiederum für eine freiere juristische Deduction zu benutzen, und also ein neues Element in den Kreis seiner Vorstellungen aufzunehmen. Auf diese Weise ist es geschehen, daß sich die germanistische Richtung in unserer Jurisprudenz an den Landrechten und Statuten, welche von dem einheimischen Recht noch so Vieles bewahrt hatten, zu einer gemeinrechtlichen Theorie entfalten konnte. Das gilt freilich zunächst nur von den Particulargesetzen; für die Reichsgesetze, welche unmittelbar gemeines Recht enthielten, mußte sich die Sache anders verhalten. Indessen kommt doch auch hier zur Erwägung, daß sie selten eine vollständige Legislation aufzuweisen hatten, sondern oft nur die Anfänge einer neuen Rechtsbildung, welche dann von den Juristen weiter fortgeführt wurde; und dann, daß sie nicht immer sogleich zur unmittelbaren Geltung kamen, sondern erst allmälig durch die Juristen dazu gelangten. In diesen beiden Beziehungen ward der Inhalt der Reichsgesetze also gewissermaaßen zu einem Juristenrecht umgebildet, wie sich recht deut-

lich ergiebt, wenn man das Verhältniß, in welchem die peinliche Halsgerichtsordnung Karl V. und der jüngste Reichsabschied von 1654. zum gemeinen deutschen Rechte stehen, in seiner geschichtlichen Entwicklung verfolgt. — Selbst bei den neueren Gesetzbüchern läßt sich, so weit es ihre größere Selbständigkeit gestattet, eine ähnliche wechselseitige Beziehung zwischen ihnen und der gemeinrechtlichen Theorie nachweisen. Während man z. B. im preußischen Landrecht bei manchen Lehren, auch ohne die Vorarbeiten zu kennen, gewisse unter den Juristen zur Zeit der Abfassung gerade vorherrschende Ansichten verfolgen kann, so hat es umgekehrt auch wieder auf die Gestaltung der späteren Theorie wesentlich eingewirkt, und namentlich manchen Lehren des deutschen Privatrechts etwas von seiner eigenthümlichen Färbung mitgetheilt. Aehnlich verhält es sich mit dem österreichischen Gesetzbuch, welches z. B. auf die gemeinrechtliche Lehre von der Collision coordinirter Rechtsquellen einen bestimmten Einfluß ausgeübt hat.

Wenn man nun diese verschiedenen Seiten der Wirksamkeit des Juristenstandes gehörig erfaßt, und sie in ihrem innern Zusammenhange und in ihrer Beziehung zu der allgemeinen modernen Rechtsbildung in Deutschland richtig zu würdigen weiß, so wird man eben das positive Juristenrecht mit einer so großen Sicherheit und Bestimmtheit, wie sie überhaupt eine wissenschaftliche Entwicklung gewähren kann, darzustellen vermögen. Dabei kommt es denn freilich vor Allem darauf an, die juristische Ueberzeugung der Gegenwart zur vollkommenen Klarheit zu erheben, und die darin wurzelnden Institute und Rechtssätze wissenschaftlich zu begründen. Allein die allgemeine Natur des Juristenrechts bringt es schon mit sich, daß dessen tieferes Verständniß nicht aus der Betrachtung einer einzelnen

Periode, und wenn es auch die uns am Nächsten stehende wäre, gewonnen werden kann; es muß vielmehr die Jurisprudenz in ihrer Bewegung und allmäligen Entwicklung aufgefaßt werden, so daß eine Untersuchung, welche das heutige Juristenrecht zu ihrem Gegenstande hat, die Institute in ihrer ersten Erscheinung erfaßt, und sie dann in ihrer weiteren Umbildung und Veränderung bis zur Gegenwart verfolgt. Daher ist hier vor Allem die historische Forschung unentbehrlich, aber leider noch eben auf dem Gebiete der Dogmengeschichte am Wenigsten angewandt. Selbst solche Juristen, denen sonst die geschichtliche Betrachtung des Rechts und die entsprechende Benutzung der Rechtsquellen geläufig ist, geben sich oft bei der Entwicklung des Juristenrechts die ärgsten Blößen, indem sie die Rechtslehrer aus den verschiedensten Perioden als Auctoritäten neben einander aufführen, ohne sich über deren besondere Stellung in der Wissenschaft und zu den einzelnen Instituten klar zu seyn, und ohne die verschiedenen Bildungsstufen und Uebergänge in unserer Jurisprudenz gehörig zu beachten. In dieser Beziehung tritt eben der Unterschied zwischen einer wahren historischen Forschung und Anschauung und einem bloßen Aufhäufen gelehrten Materials recht bestimmt hervor. — Allein läßt sich nun auch behaupten, daß die Anwendung der richtigen Methode genügen wird, um ein durchaus festes und klares Juristenrecht darzustellen und zum allgemeinen Bewußtseyn zu bringen? Ohne Zweifel ist in dieser Hinsicht noch außerordentlich viel zu leisten, und manche scheinbar unauflösliche Controverse wird sich mit Leichtigkeit entscheiden lassen, manche kaum erklärliche Norm der Praxis wird ihr volles Verständniß erhalten, wenn man ihren letzten Gründen sorgfältig nachspürt. Aber wenn dem auch also ist, so bleibt es

doch außer Frage, daß in vielen Fällen noch Zweifel und Schwankungen bestehen werden, welche auch die größte Meisterschaft der wissenschaftlichen Behandlung nicht zu beseitigen vermag, weil sie eben ihren Grund in der Beschaffenheit des Gegenstandes haben. Es kommt freilich hier, wie überhaupt bei einer wissenschaftlichen Thätigkeit, auf die Art und Weise, wie man operirt und seinen Gegenstand zu fassen weiß, unendlich viel an, und der, welcher sich einmal eines bestimmten leitenden Princips bemächtigt hat, wird daran auch das Einzelne der Lehre oft mit der größten Sicherheit entwickeln können, während ein Anderer, welcher eben nur nach dem Detail spürt, auch dieses nicht zu beherrschen weiß. Allein unsere Jurisprudenz ist nicht von einer solchen inneren Tüchtigkeit, daß sie sich stets nach bestimmten Principien ausgebildet hätte, und mancher Satz, der in der Praxis seine Anwendung findet, steht haltungslos als etwas Vereinzeltes da; manche Lehre ist gar nicht zu einem festen Abschluß gekommen, sondern schwankt noch zwischen den Extremen der verschiedenen Meinungen hin und her. Demnach wäre also das Juristenrecht zum Theil noch unbefestigt und zu einer sicheren Darstellung und Anwendung nicht geeignet? Wollte man dieses annehmen, so würde man dadurch den Begriff eines positiven Rechtes aufheben; und daher läßt sich für jene Fälle nur sagen: sie gehören nicht zum Juristenrecht, welches sich in Beziehung auf sie noch gar nicht gebildet hat; sie sind vielmehr zu jenen betrübenden Erscheinungen unseres Rechtswesens zu zählen, welche es recht fühlbar machen, wie groß noch dessen Mängel sind. Das Mißliche dieser Zustände wird niemand lebhafter fühlen, als wer es versucht hat, einem solchen verwahrlosten Institut einen positiven Inhalt zu verschaffen,

oder wer genöthigt ist, als Richter einen dahin gehörenden Rechtsfall zu entscheiden. Jener hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er die thatsächliche Beschaffenheit der Lehre gewissenhaft darlegt; dieser muß sich mit dem übrigen juristischen Rüstzeug so gut er kann behelfen, — also, wenn ihm keine andere Rechtsquelle zu Gebote steht, aus der Natur der Sache, der bona fides, der Analogie u. dgl. seine Entscheidung begründen, und sich damit trösten, daß das Mangelhafte darin nicht ihm, sondern unseren Rechtszuständen zur Last fällt. Mit einem bloßen Zählen der Auctoritäten ist natürlich nichts gewonnen; denn abgesehen davon, daß auch die reichlichst ausgestattete Bibliothek nie die Sicherheit gewährt, daß man sich im Besitze einer vollständigen Literatur befindet, so weiß jeder, der in der Dogmengeschichte nicht ganz unbewandert ist, wie geringe die Selbständigkeit der meisten juristischen Schriftsteller ist, und wie sich die innere Entwicklung des Juristenrechts an einzelne hervorragende Persönlichkeiten anlehnt, welche als die Repräsentanten einer bestimmten Zeit und Richtung erscheinen, und oft die früher fest begründeten Lehren von Grund aus erschüttert haben. Nur so viel läßt sich zugeben, daß eine allgemein angenommene Ansicht nicht dadurch den Charakter einer gemeinsamen Ueberzeugung des Juristenstandes verliert, wenn etwa auch der eine oder der Andere ohne nachhaltigen Erfolg sich dagegen aufgelehnt hat.

Ich will dieß nun in Beziehung auf einzelne Rechtssätze, die so in der Praxis herum schwimmen, nicht näher ausführen; aber für allgemeinere Institute, welche dem Juristenrecht ihre Normirung verdanken, wird eine genauere Erörterung, die sich am Besten an bestimmte Beispiele anlehnt, nicht unangemessen seyn. Denn an diesen läßt sich recht anschaulich ma-

chen, wie sich die Rechtsbildung in dieser Sphäre gestaltet, und wie sich die Institute in einer fortwährenden innern Bewegung befinden, indem sie bald in consequenter Entwicklung zu einer festen und vollen Ausbildung gelangen, bald aber auch wieder von der schon erreichten Sicherheit abweichen, und durch Einflüsse verschiedener Art bestimmt, in das Schwankende und Bestrittene zurückfallen, oder gar aus dem positiven Rechte ganz verschwinden.

Zu den Instituten, welche sich in allmäliger Entwicklung zu einer unbedingten Gemeinrechtlichkeit ausgebildet haben, gehört der Erbvertrag und namentlich der Erbeinsetzungsvertrag. Dieß letztere Geschäft war dem älteren deutschen Rechte ganz fremd, indem dasselbe als Mittel, eine Zuwendung von Todes wegen zu machen, nur die Vergabung durch Constituirung eines sofort wirksamen Rechts kannte, und zwar regelmäßig einer Gewere an Immobilien vermöge der Auflassung, an welche sich später in einigen Localrechten die gerichtliche Auslobung beweglicher Sachen ansetzte. Indessen bildete sich noch während der Herrschaft des deutschen Rechts die vertragsmäßige Erbfolge unter Ehegatten aus, die auch in dieser Anwendung so wie überhaupt da, wo es sich nicht um eine einseitige Freigebigkeit, sondern um die Anordnung dauernder Verhältnisse handelt, ihre angemessene Stelle findet. Seit der Aufnahme des römischen Rechts aber hielten sich die Juristen strenge an dessen Bestimmungen über die Erbverträge, welche darin absolut verboten sind; nur durch die Herbeiziehung unpassender Analogien suchte man einzelne Arten des Geschäftes aufrecht zu erhalten, denen denn später eine gemeinrechtliche Geltung vermöge einer allgemeinen deutschrechtlichen Gewohnheit zugesprochen ward. Als ein allgemeines Mittel der Zu-

wendung von Todes wegen wurde der Erbeinsetzungsvertrag aber bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts nicht anerkannt, und es war auch gar kein Bedürfniß dafür vorhanden, weil man sich schon früh unter der Vermittlung der Geistlichkeit mit den letztwilligen Verfügungen des römischen Rechts vertraut gemacht hatte, und mit richtigem Tacte diese dem unwiderruflichen Vertrage vorzog, zumal da für denselben keine bestimmte gemeinrechtliche Form gewonnen ward. Allein seit der Mitte des 17. Jahrhunderts setzte sich unter den Juristen, welche die alte Vergabung mit dem Erbeinsetzungsvertrage verwechselten, die Ansicht fest, das letztere Geschäft habe von jeher in Deutschland in einer ganz allgemeinen Anwendung gegolten, und müsse auch gegen das Verbot des römischen Rechts aufrecht erhalten werden. Diese Ansicht, die bald unangefochten in der Theorie da stand, erhielt noch eine besondere Stütze an der Lehre von der unbedingten Klagbarkeit aller Verträge, und bildete sich zu einer festen und gemeinsamen Ueberzeugung des deutschen Juristenstandes aus, welcher es auch vermochte, das Geschäft in eine gewisse, wenn auch nur spärliche Uebung zu bringen, und in den Fällen, wo es zur richterlichen Entscheidung kam, seine Anerkennung durchzusetzen. Diesem Entwicklungsgange der Lehre schloß sich denn auch allmälig die particuläre Gesetzgebung an, und recipirte das Institut in seiner weitesten Geltung. So hat sich der Erbeinsetzungsvertrag von geringen Anfängen im Volksrechte an als ein Product der Jurisprudenz und also als ein Bestandtheil des Juristenrechts entwickelt, dem sich, so schwer es Einem auch bei der ganz unangemessenen Stellung desselben ankommen mag, die unbedingte Gemeinrechtlichkeit nicht absprechen läßt, wenn man nicht überhaupt das positive Recht aus Gründen der Zweck-

mäßigkeit in Abrede stellen, und dadurch einen Zustand der Unsicherheit und der Willkühr herbeiführen will, der schlimmer ist, als die thatsächlich doch nur beschränkte Geltung jenes mißlungenen Instituts. *)

Einen Gegensatz zu der Entwicklungsgeschichte der Lehre von den Erbverträgen liefert die von den Testamentsexecutoren, indem sich bei derselben ein merkwürdiger Wechsel in der ju-

*) Gegen diese Darstellung, welche ich in meiner Lehre von den Erbverträgen weitläuftiger begründet habe, ist freilich von Albrecht (Krit. Jahrbücher für deutsche Rechtswissensch. VI. 4. S. 323 ff.) ein Bedenken erhoben worden, welches aber, wie mir scheint, zum großen Theile auf einem Mißverständnisse beruht, und durch die weitere Ausführung, welche ich in dieser Schrift über die Natur des Juristenrechts gegeben habe, bereits beseitigt seyn möchte. Denn nicht die bloß theoretischen Ansichten der Juristen halte ich für dessen Quelle, sondern die sich auch practisch geltend machende Ueberzeugung derselben, welche aber immerhin dem wahren Bedürfnisse des Volkes nicht entsprechen kann. Damit steht denn auch nicht in Widerspruch, wenn ich Hasse's Deduction des Vermächtnißvertrags verworfen habe; denn in diesem Falle handelte es sich, wenigstens nach meinem Dafürhalten, nicht um ein geschichtlich ausgeprägtes Institut des positiven Rechts, sondern um die Meinung eines einzelnen Juristen, die ich auf die verwerfliche Ansicht von der selbständigen Bedeutung der Jurisprudenz als einer gelehrten Disciplin im Gegensatz zum Rechtsleben glaubte zurückführen zu können. — Uebrigens habe ich ja nie behauptet, daß die Juristen den Erbeinsetzungsvertrag ganz ersonnen haben; durch irgend eine besondere Veranlassung wird jedes Institut des Juristenrechts hervorgerufen seyn, wenn auch nicht immer durch ein practisches Bedürfniß, und wenn auch vielleicht Irrthum und Unverstand zuweilen das Meiste zur Ausbildung beitrugen. Den Erbeinsetzungsvertrag unter Ehegatten habe ich ja als ein selbständiges Product des germanischen Rechtslebens anerkannt, und nur die unbegründete Generalisirung dieses Geschäftes den Juristen zugewiesen. Wenn Albrecht darin eine organische Entwicklung nachzuweisen sucht, so ist das wohl ein vergebliches Bemühen; was er aber von dem sogenannten particulären Erbvertrage sagt, möchte doch, abgesehen von der Controverse über dessen ursprüngliche Bedeutung, schon deswegen nicht für zutreffend gelten können, weil dieses Geschäft auf die Entwicklung der Lehre von den Erbverträgen in der gemeinrechtlichen Doctrin keinen irgendwie nachhaltigen Einfluß ausgeübt hat.

ristischen Auffassung des Instituts darstellt, dessen sichere und angemessene Normirung der modernen Jurisprudenz noch nicht gelungen ist. Das erklärt sich freilich zum Theil aus dem Umstande, daß hier eine von den Lehren vorliegt, welche man fast heimathslos nennen kann, da die Romanisten und Germanisten sie sich gegenseitig zuschieben; jene sehen wohl ein, daß das römische Recht für die juristische Darstellung des Instituts nicht ausreicht, und diese halten sich davon fern, weil es unmittelbar mit den letztwilligen Geschäften zusammen hängt, und daher keinen Theil des einheimischen Rechts zu bilden scheint. Aber eben darin besteht das Mangelhafte der heutigen Theorie, daß sie es nicht vermocht hat, die eigenthümliche Bedeutung der ganzen Einrichtung, welche die älteren Juristen durch römische Analogien aufrecht zu erhalten suchten, gehörig zu würdigen und selbständig zu begründen. Es verhält sich damit nämlich auf folgende Weise. — Als man im Mittelalter die letztwilligen Verfügungen des römischen Rechts zu benutzen begann, war man weit davon entfernt, das kunstvolle Gebäude der römischen Testamentslehre in seinem ganzen Umfange zu recipiren. Es ward nur darauf ein Gewicht gelegt, daß man ein Geschäft bekam, wodurch eben einseitig und widerruflich über den Tod hinaus verfügt werden konnte; die strenge Form der Testamente und die Nothwendigkeit einer Erbeseinsetzung ließ man dabei unberücksichtigt. Dieser letztere Umstand aber machte es, daß die sogenannten deutschen Testamente nur ein Aggregat einzelner Vermächtnisse zu seyn pflegten; es fehlte daher die formelle Vertretung des Erblassers durch den Testamentserben, während es doch aus manchen Gründen bedenklich erscheinen mußte, dessen Functionen dem nach germanischer Rechtsanschauung beeinträchtigten gesetzlichen

Erben anzuvertrauen. In dieser Verlegenheit half man sich dadurch, daß gleich bei der Errichtung des Testaments eine oder mehre Mittelspersonen ernannt wurden, denen man die Vollstreckung desselben auftrug, also namentlich die Berichtigung der Vermächtnisse, und falls es dauernde Stiftungen waren, deren Anordnung und oft auch deren Verwaltung; außerdem aber hatten diese Mittelspersonen die Regulirung des Nachlasses zu besorgen, Schulden zu berichtigen, Forderungen einzutreiben, und an einigen Orten, z. B. in Lübeck, wurden sie auch regelmäßig die Vormünder der vom Testator hinterlassenen Ehefrau und Kinder.

Daß man aber auf den Ausweg verfiel, sich solcher Mittelspersonen zu bedienen, erklärt sich leicht, wenn man sieht, daß schon bei den deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen Salmannen zu demselben Zwecke verwandt wurden; diese brachte man mit dem Testament in Verbindung, indem allmälig ihre Bestellung durch die Auflassung in eine testamentarische Ernennung überging. Außerdem aber hat, wie Pauli neulich dargethan, wahrscheinlich auch die zuweilen vorkommende Sitte, Vormünder eines Todten zu bestellen, auf die Ausbildung des Instituts der Testamentsvollstrecker Einfluß gehabt. Diese nun, welche allenthalben, wo man die letztwilligen Verfügungen benutzte, unter sehr verschiedenen Benennungen sich finden, und fast in keinem Testamente jener Zeit fehlten, hatten, wie schon bemerkt, im Wesentlichen die Aufgabe, den Erblasser nach seinem Tode formell zu repräsentiren, insoweit es die Vollziehung des Testaments nöthig machte oder die Sitte und der ausdrücklich ausgesprochene Wille des Testators es erheischten. Das galt als festes Recht, so lange sich die letztwilligen Verfügungen als ein vereinzeltes Institut

des fremden Rechts im germanischen Rechtsleben bewegten, und so ist es auch da, wo dem einheimischen Recht seine volle Geltung bewahrt wurde, wie in England, bis auf einige weitere Modificationen geblieben. Aber in Deutschland mußten die Testamentsexecutoren eine neue Probe bestehen, als das römische Recht in seinem ganzen Umfange recipirt ward, und man nun zur Einsicht gelangte, daß ein Testament eben einen institutirten Erben voraussetze, und daß mit dessen rechtlicher Stellung sich die jenen Mittelspersonen eingeräumte Befugniß kaum vertrage. In der That drang auch die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer Erbeseinsetzung allgemein durch, indem nur wenige Statute die ältere Ansicht beibehielten, während sich jedoch die gemeinrechtliche Praxis durch die Andeutungen, welche das römische Recht von den codicillis ab intestato enthält, einen ziemlich freien Spielraum zu verschaffen wußte. Wie aber kamen nun die Testamentsvollstrecker zu stehen? Hier half man sich nach Art der damaligen Jurisprudenz durch eine römischrechtliche Analogie, und nahm nach dem Vorgange älterer Schriftsteller, namentlich des Duranti, ein officium der Executoren an, welches dem der Tutoren verglichen und darnach entwickelt wurde. Auf diese Weise brachte man in die juristische Deduction, welche die Stellung der Executoren im Wesentlichen nach der deutschen Rechtsansicht aufrecht hielt, eine gewisse Haltung und Consequenz, so daß noch im 17. Jahrhunderte selbst solche Juristen, die so entschieden romanisirten, wie z. B. A. Faber, jene Auffassung des Instituts vertheidigten; auch ging dieselbe, wenn gleich unter verschiedenen Modificationen, in die gleichzeitigen Gesetzgebungen über. Allein nach und nach kam man in der gemeinrechtlichen Theorie wieder von jenem Princip der Lehre

ab, indem man das Bedenkliche, welches allerdings in der erwähnten Analogie lag, hervor hob, und sich nach einer anderen Begründung umsah. Dabei war es nun aber eben für die weitere Entwicklung des Instituts von großer Wichtigkeit, daß die Germanisten sich desselben, weil es dem römischen Testamente anhängt, nicht annahmen, und es einer mehr romanistischen Auffassung Preis gaben. Es setzte sich nun die schon in der früheren Theorie leicht angedeutete Ansicht immer mehr fest, der Testamentsvollstrecker sey als Mandatar des Testators zu behandeln und sein Verhältniß darnach zu bestimmen. Diese Auffassung aber, welche auch in die neueren Gesetzbücher übergegangen ist, hat nun die Lehre in eine ganz schiefe Lage gebracht; denn wenn man auch von dem begründeten Bedenken absehen will, ob sie sich mit der Natur des gemeinrechtlichen Mandats vereinigen läßt, so werden dadurch in der Praxis die allergrößten Schwierigkeiten hervorgerufen. Es fehlt nun ein selbständiges Princip der Beurtheilung über die Competenz des Executors, da die im Testament gegebene Vollmacht, auch wenn sie noch so sorgfältig erwogen ist (und wie oft ist sie nur ganz kurz und unbestimmt in der Form einer Ernennung gefaßt!) leicht unzureichend seyn kann, und namentlich das Verhältniß zwischen dem Executor und dem Erben nach allen Seiten hin unsicher und schwankend läßt. Daher erklärt es sich, daß, so entschieden die gemeinrechtliche Theorie jetzt auch das Mandatsverhältniß fest hält, in der Praxis doch die alte Ansicht von einer eigenthümlichen und selbständigen Stellung der Testamentsexecutoren und eine Hinneigung zur Vergleichung mit den Vormündern stets wieder auftaucht, womit denn auch in Verbindung steht, daß man eine gewisse Einwirkung des Gerichts und zwar des Erbschaftsgerichts, dessen

Geltung freilich auch angefochten wird, anzuerkennen geneigt ist. Wenn nun, wie wohl anzunehmen, die Bestellung solcher Mittelspersonen neben dem Testamentserben auch noch dem gegenwärtigen Bedürfnisse entspricht, und nicht bloß bei der Anordnung und Leitung dauernder Stiftungen, welche ihre besondere Berücksichtigung verdienen, angemessen ist: so muß der ganzen Lehre auch wieder ein mehr fruchtbares und ihrem Wesen entsprechendes Princip, als das Mandatsverhältniß gewähren kann, gewonnen werden; aber dem heutigen Juristenrecht ist es mit Sicherheit nicht zu entnehmen. Wäre jedoch kein wahres Bedürfniß für das Institut mehr vorhanden, so würde es gewiß eben seiner ungefügigen Gestalt wegen schon aus dem Rechtsleben verschwunden seyn oder doch bald verschwinden; denn solche Einrichtungen, mit denen sich practisch nichts Rechtes anfangen läßt, wird man, einer verschrobenen Theorie zu Liebe, nicht lange aufrecht erhalten können. Ein entschiedener Widerspruch gegen ihre innere Begründung pflegt dann auch eine baldige Umänderung in der juristischen Ueberzeugung zur Folge zu haben. So sind die sogenannten pacta dotalia mixta oder in vim ultimae voluntatis concepta, mit denen man sich früher als einem Bestandtheile des Juristenrechts so viel zu schaffen machte, seitdem von J. H. Böhmer ihre Geltung bestritten worden, auch von der gemeinrechtlichen Theorie so gut wie ganz aufgegeben, und vielleicht steht dem Erbvertrage in seiner Formlosigkeit und unbeschränkten Geltung ein ähnliches Schicksal in nicht ferner Zeit bevor.

Mit solchen Uebergängen ist denn aber nothwendig eine Periode des Schwankens und der Controverse verbunden, wenn die Gesetzgebung nicht mit einer bestimmten Norm dazwischen tritt; denn jede Rechtsentwicklung, welche nicht unmittelbar von ihr ausgeht, hat eine gewisse Dauer nöthig, bevor sie sich

in fester Haltung zu einer wahren Ueberzeugung ausprägt. Ein solcher Zustand der Unsicherheit besteht gegenwärtig z. B. bei der so lebhaft erörterten Frage über die Erbfähigkeit legitimirter Kinder hinsichtlich der Lehengüter, worüber Dieck so belehrende Aufschlüsse aus der Dogmengeschichte gegeben hat. Hier zeigt sich denn auch recht deutlich, wie das Juristenrecht mit andern positiven Rechtsquellen in Conflict gerathen kann, ohne daß sich von vorne herein sagen ließe, welchem Theile der Sieg gebührt. Denn gesetzt auch, daß die auf jene Frage bezügliche Stelle des longobardischen Lehenrechts für recipirt zu achten ist, so wäre es doch recht gut möglich, daß das Juristenrecht sie außer Uebung gebracht hätte; dann aber würde eine neue Rechtsbildung, die indessen auch in der veränderten Ueberzeugung des Juristenstandes ihren Grund haben könnte, nöthig seyn, um die frühere gesetzliche Regel wieder herzustellen. Aber auch ein unterdrücktes, aber wieder in das Bewußtseyn getretenes Volksrecht kann eine solche Umänderung hervorbringen. Damit ist denn freilich der Fall nicht zu verwechseln, wenn das Volksrecht in steter Wirksamkeit geblieben, und nur von den Juristen mißverstanden und verkannt ist, so daß trotz ihrer Herrschaft über das Gerichtswesen die eigenthümliche Natur der Institute sich lebendig erhalten hat, und um zu ihrer vollen Anerkennung zu gelangen nichts anders bedarf als eine Berichtigung der juristischen Theorie. In einem solchen Fall, der sich namentlich im Handelsrechte häufiger finden wird, kann es dann nicht leicht zweifelhaft seyn, wem der Vorzug gebührt, ob dem Volks- oder dem Juristenrecht; denn das Letztere ist ja eigentlich noch gar nicht zur positiven Gestaltung gekommen, so lange es die ihm widerstrebende Regel nicht vernichtet hat.

Eilftes Kapitel.

Das Juristenrecht nach dem Umfange seiner Geltung.

Wenn wir den innern Entwicklungsproceß, welchen die deutsche Jurisprudenz seit der Reception des römischen Rechts durchgemacht hat, geschichtlich verfolgen, und uns das für die Rechtsbildung durch sie gewonnene Resultat im Allgemeinen vergegenwärtigen, so stellt sich so viel mit Bestimmheit heraus, daß sie vorzugsweise auf dem Gebiete des gemeinen Rechts ihre Wirksamkeit entfaltet hat. Darauf waren einmal die Universitätslehrer in ihren Vorträgen und Schriften vor Allen hingewiesen. Zwar blieben sie durch ihre practischen Beschäftigungen den Particularrechten nicht fremd, und namentlich pflegten sie dem Rechte des Landes, in welchem ihre Universität sich befand, aus nahe liegenden Gründen eine besondere Aufmerksamkeit zu widmen, was oft mehr, als man bisher beachtet hat, auf ihre Darstellung des gemeinen Rechts einwirkte, jedenfalls aber eine gelehrte Beschäftigung mit jenem hervorrief, die sich anfangs nur in Schriften, später aber auch in eigenen Vorlesungen kund gab. Allein sie wurzelten doch mit ihrer allgemeinen Rechtsanschauung und mit ihren Interessen im gemeinen Rechte, dem sie ihre Hauptkraft zuwandten, und welches sie, auch abgesehen von andern Gründen, die namentlich in der lückenhaften Beschaffenheit der Particularrechte beruhten, schon deswegen vorzugsweise behandelten, weil sie in ihrer freien Stellung nicht bloß einem einzelnen Lande, sondern dem

ganzen Reich und der Wissenschaft angehörten. Aehnlich verhielt es sich mit den Mitgliedern der Reichsgerichte, welche oft durch die geringe Rücksicht, die sie bei ihren Urtheilssprüchen auf das particuläre Recht nahmen, Veranlassung zu gerechten Beschwerden gaben. Dagegen befanden sich allerdings diejenigen Juristen in einer anderen Lage, deren Beruf in der practischen Anwendung eines bestimmten Particularrechts bestand, und welche, wenn sie auch dem gemeinen Recht eine gelehrte Beschäftigung widmeten, doch jenes zunächst ins Auge zu fassen hatten. Allein bis zu der Zeit, wo umfassende Gesetzbücher in Deutschland aufkamen, stellte sich das specielle Recht ja nur als eine Modification des gemeinen dar, oft freilich in einzelnen Lehren mit einer gewissen Selbständigkeit und Ausführlichkeit, aber doch nie in dem Grade, daß man der Entwicklung und Ergänzung aus gemeinrechtlichen Principien ganz hätte entbehren können. Dabei waren denn allerdings die Einwirkungen der besonderen Landes- und Localverhältnisse und auch, wo diese rein hervortreten konnte, der Stammeseigenthümlichkeit nicht ausgeschlossen, so daß manches Particularrecht eben so gut durch seine juristische Behandlung, wie durch die Gesetzgebung eine sehr bestimmte Färbung erhielt. Aber weil sich bis zur Zeit der Codificationen doch kein deutsches Land ganz von dem gemeinen Recht in seiner subsidiären Geltung abschloß, und jede Bewegung in der deutschen Jurisprudenz, welche nachhaltig auf deren Gestaltung einwirkte, auch die einzelnen Juristen früher oder später erfaßte; so blieb doch das gemeine Recht für sie die eigentliche Basis und der Mittelpunct ihrer Bildung und Wirksamkeit. Das zeigt sich ganz deutlich, so lange noch eine einseitige romanistische Richtung in unserer Jurisprudenz vorherrschte, und mit wenigen Ausnahmen die alten Landes-

Provincial- und Localrechte kaum einer wissenschaftlichen Beachtung gewürdigt wurden; aber auch später, als das einheimische Recht zum Gegenstand eifriger Studien gemacht ward, drängte doch Alles wieder auf eine gemeinrechtliche Auffassung und Darstellung der Institute hin, so schwach auch die ersten Versuche, welche darauf gerichtet waren, ausfallen mochten.

Aus diesem Allen erklärt es sich, woher es kommt, daß ein eigentliches Juristenrecht mit einer speciellen Geltung und unabhängig vom gemeinen Rechte sich immer nur in einer beschränkten Weise entwickelt hat. Die Möglichkeit einer solchen Rechtsbildung ist freilich durchaus nicht in Abrede zu stellen. Denn machte das deutsche Territorium einmal ein Staatsganzes aus, welches in seiner Gesetzgebung und überhaupt in seinen innern Verhältnissen eine durchaus freie Bewegung hatte (die Einwirkung der Reichsgewalt wollte ja in den letzten Jahrhunderten nichts mehr sagen); so ist nicht einzusehen, warum nicht auch der Juristenstand eines einzelnen Landes seine rechtsbildende Kraft zu einer particulären Schöpfung hätte concentriren können. Ja man kann sagen, so gut überhaupt die Gewohnheiten mit einer derogatorischen Wirkung neben dem gemeinen Recht sich geltend zu machen vermögen, so gut kann es auch geschehen, wenn sie ihren Grund in der Herrschaft des Juristenstandes haben, vorausgesetzt natürlich, daß diese wirklich im Stande ist, sich also zu bethätigen. Auch fehlt es in der That nicht an Beispielen, daß sich ein solches particuläres Juristenrecht gebildet hat. Zuweilen zeigt es sich als eine eigenthümliche Bearbeitung allgemein geltender Lehren, und hat wohl, wenn seine Vertreter eines besonderen Ansehens sich erfreuten, auf die Gestaltung der gemeinrechtlichen Theorie selber einen entschiedenen Einfluß ausgeübt. Eine

solche hervorragende Stellung hat bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts der sächsische Juristenstand in Deutschland eingenommen, indem derselbe nicht bloß an der Entwicklung des gemeinen Rechts den thätigsten Antheil nahm, sondern in dem sogenannten jus commune saxonicum ein selbständiges Particularrecht ausbildete, welches zum großen Theile reines Juristenrecht war, und für die wissenschaftliche Behandlung des gemeinen Rechts ebenso einen wichtigen Anhalt darbot, als es auf die Praxis desselben nachhaltig einwirkte. Zum particulären Juristenrecht kann man ferner den Fall rechnen, wenn ein früher nicht bekanntes Institut durch den Einfluß der Juristen irgendwohin verpflanzt worden ist, wie es z. B. an einigen Orten mit der Einkindschaft geschehen, oder wenn dadurch eine bestehende Einrichtung auf eine eigenthümliche Weise verändert worden, was namentlich bei der deutschrechtlichen Auflassung, welche sich z. B. oft in eine bloße gerichtliche Confirmation der voraufgehenden Contracte umsetzen lassen mußte, bemerkt werden kann. Selbst ganz eigenthümliche Institute und Rechtssätze finden sich in dem particulären Juristenrechte; ein Beispiel davon bieten die Adjudicate des mecklenburgischen Rechts. Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts bildete sich in demselben nämlich die Regel aus, daß ein Gläubiger für den Fall, daß die Fahrniß nicht ausreiche, Execution in den Grundbesitz des Schuldners verlangen könne, und zwar zunächst auf dem Wege der Immission, die aber unter gewissen Voraussetzungen zur Adjudication führte, indem dem Adjudicatar, ohne daß eine Subhastation vorher gegangen wäre, das ganze Grundstück oder nach dem Betrage seiner Forderung ein Theil desselben zugesprochen ward, wodurch denn alle älteren Hypotheken erloschen. Dieß merkwürdige Institut, welches

dem mecklenburgischen Creditwesen tiefe Wunden geschlagen hat, läßt sich allein als ein Juristenrecht deduciren; an seiner, auch von der Gesetzgebung anerkannten Geltung ist aber nicht zu zweifeln, und es ist auch erst in neuerer Zeit durch eine ausdrückliche legislative Verfügung aufgehoben worden.

Es genügt nun aber, in dem Angeführten die Möglichkeit und Existenz eines particulären Juristenrechts dargethan zu haben; der weitern Erwägung desselben in seinen einzelnen Erscheinungen können wir uns überheben, so daß die Darstellung sich sofort zum gemeinen Rechte wenden kann. Hier ist nun vor Allem auf die Thatsache ein besonderer Nachdruck zu legen, daß die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland fast ausschließlich dem Juristenstande zuzuschreiben ist, so daß in dessen Wirksamkeit der eigentliche Grund des ganzen Ereignisses gesucht werden muß. Die Feststellung dieser Thatsache hat aber nicht bloß einen historischen Werth, sondern ist auch von unmittelbar practischer Bedeutung, indem dadurch die Veränderungen, welche das römische Recht bei uns durch die Juristen erfahren hat, in ihrer positiven Geltung eben so gut, wie dieses selbst gerechtfertigt und begründet erscheinen. Es kommt also nur darauf an, mit Bestimmtheit nachzuweisen, unter welchen Modificationen jene Reception geschehen ist, wobei aber, wie schon früher gezeigt worden, das Verhältniß einer völligen Stabilität nicht angenommen werden darf, weil sich im Juristenstande selbst die Ansichten vielfach geändert haben, und dieselbe Macht, welche die Erhebung des römischen Rechts zur positiven Rechtsquelle durchzuführen, und dabei sofort wesentliche Veränderungen mit demselben vorzunehmen vermochte, auch im Stande war, später noch über die Art und den Umfang der Geltung abweichende Grundsätze festzustellen. —

Aber nicht bloß in der vom römischen Recht beherrschten Sphäre findet sich das Juristenrecht; auch auf anderen Feldern, welche früh dem Einfluß der fremden Rechtsquellen entzogen, und bald im offenbaren Gegensatz zu denselben, bald wenigstens in einer gewissen Selbständigkeit angebaut wurden, hat es eine große Bedeutung erhalten. Ist hier nicht das Volksrecht unmittelbar von Einfluß gewesen, oder hat sich nicht irgend eine andere Macht geltend gemacht, welche der Vertretung durch die Juristen nicht bedurfte, oder sie doch in einem dienstbaren Verhältniß erhielt, so haben sie an der Rechtsbildung den allerentschiedensten Antheil genommen und sie vorzugsweise zu Stande gebracht. Daher ist selbst ein Theil der deutschrechtlichen Lehren nur als Juristenrecht ausgebildet worden und zu einer positiven Geltung gelangt. Indem ich mich nun anschicke, dessen Inhalt nach den einzelnen Rechtstheilen genauer anzugeben, bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß es dabei nicht auf die Beibringung eines vollständigen Details abgesehen seyn kann, sondern nur eine übersichtliche Darstellung der wichtigsten in Betracht kommenden Momente beabsichtigt wird.

1. Das Privatrecht.

In dem Personen-, Familien- und Ständerecht, um dieß zuerst hervorzuheben, sind freilich die Beschränkungen und Abänderungen, welche das römische Recht erfahren hat, vorzugsweise dem Volksrechte zuzuschreiben, und die Juristen haben es nicht einmal vermocht, die dem deutschen Rechtsleben angehörigen Elemente ihrem ganzen Umfange nach zum rechten Verständniß und zur gehörigen Sicherheit der Geltung zu bringen; doch fehlt es auch auf diesem Gebiete nicht an In-

stituten, welche ihnen ihre Begründung verdanken. Dahin kann z. B. die Einkindschaft gerechnet werden, die als ein gemeinrechtliches Geschäft und in der bestimmten, formellen Ausbildung, welche sie nach und nach erlangt hat, als ein Juristenrecht sich herausstellt; desgleichen findet das Verhältniß der unehelichen Kinder zu ihrem Vater in demselben seine gegenwärtige Normirung. Denn nur dem Einfluß der Juristen ist es zuzuschreiben, daß der Begriff, den das römische Recht mit den liberi naturales verbindet, die jetzt geltende Ausdehnung erhalten hat, wodurch namentlich die Lehre von der Legitimation neu und eigenthümlich gestaltet worden ist; auch das Intestaterbrecht der unehelichen Kinder, welches Mayer in Tübingen zum Gegenstande einer werthvollen dogmengeschichtlichen Untersuchung gemacht hat, so wie die allgemeine Verbindlichkeit des Vaters zu ihrer Alimentation, woran jetzt wohl niemand mehr zweifelt, stehen damit in naher Verbindung. Freilich hat auf diese ganze Lehre schon das canonische Recht eingewirkt; aber es hat doch zunächst nur die Veranlassung zu ihrer heutigen Gestaltung gegeben, während die eigentliche Begründung und positive Ausbildung derselben von den Juristen ausgegangen ist. — Im Sachenrecht zeigt sich das Juristenrecht von einer geringen Bedeutung, wenn man auch solche Mißbildungen, wie die Umsetzung der Auflassung in die gerichtliche Confirmation, dahin rechnen muß; desto einflußreicher ist es aber im Obligationenrecht geworden. Schon der Umstand, daß das System der römischen Pönalklagen bei uns nicht recipirt worden, ist von erheblicher Wichtigkeit, wenn auch manches Andere, was außer dem Bereiche der Juristen lag, mit darauf eingewirkt hat; aber ihnen allein ist der Fundamentalsatz der heutigen Vertragslehre zu-

zuschreiben, daß nach gemeinem Rechte jeder Vertrag, der seinem Inhalte nach gültig, auch ohne eine besondere Form der Eingehung rechtsbeständig und klagbar ist, — ein Grundsatz, welcher das römische Recht wesentlich modificirt hat, aber auch, was so oft nicht gehörig beachtet wird, dem im deutschen Recht sehr durchgebildeten und wirksamen Formalismus der Rechtsgeschäfte verderblich geworden ist. Weniger bedenklich erscheint die, in neuester Zeit zwar von verschiedenen Seiten, aber wie mir scheint mit schwachen Gründen angefochtene Regel, daß Verträge, welche zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen sind, den Beschränkungen des römischen Rechts nicht unterliegen, sondern dem Dritten das Recht des Beitritts und der Klage gewähren. Aber nicht bloß die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts haben durch das Juristenrecht wesentliche Modificationen erlitten; dasselbe ist auch bei manchen einzelnen Instituten der Fall gewesen. Ich erinnere beispielsweise nur an die weite Geltung, welche man jetzt unbedenklich den Bestimmungen des römischen Rechts über die laesio enormis einräumt, und welche doch, da es sich hier von einem jus singulare handelt, durch die Anwendung einer analogen Ausdehnung nicht gerechtfertigt werden kann; ferner an die Lehre von den Zinsen, welche erst seit der Mitte des 17. Jahrhunderts in Deutschland allgemein practisch geworden, und in ihrer heutigen gemeinrechtlichen Beschaffenheit als ein freilich vom Volksrecht vielfach bestimmtes Juristenrecht anzusehen ist, da sowohl die, hier sehr verspätete Reception des römischen Rechts gegen die canonischen Zinsverbote an, als auch die wichtigen Modificationen desselben nur so ihre Erklärung finden. — Nicht weniger bedeutend endlich, wie im Obligationenrecht, stellt sich das Juristenrecht in den zum Erbrecht

gehörenden Lehren dar. Hier finden wir das ganz moderne Institut der vertragsmäßigen Erbfolge; ferner das Familienfideicommiß mit seinen besonderen Successionsordnungen, in welchem die Juristen des 17. Jahrhunderts dem niedern Adel ein Mittel bereiteten, um das Bedürfniß der Familie nach einem sicheren Stammgut zu befriedigen. Auch die wechselseitigen Testamente in ihrer heutigen Gestaltung sind ein Product der Jurisprudenz, und auf gewisse Weise lassen sich auch die Testamentsexecutoren dahin zählen, wenigstens insofern sie unter dem Einfluß der Theorie von ihrer ursprünglichen Grundlage und Bedeutung abgewichen sind.

2. Das Criminalrecht.

In diesem Rechtstheile herrscht das Juristenrecht entschieden vor. Will man auch darauf kein Gewicht legen, daß Carl V. peinliche Halsgerichtsordnung in manchen Stücken auf der zur Zeit ihrer Abfassung herrschenden communis DD. opinio beruht, und daß sie eigentlich erst durch die späteren Juristen die Auctorität eines unmittelbar geltenden Reichsgesetzes erlangt hat, so hat sie doch auch in anderen Beziehungen der Entwicklung eines selbständigen Juristenrechts den weitesten Spielraum gelassen. Das erklärt sich theils aus ihrer geringen Vollständigkeit, theils aber aus dem Bedürfniß, die veralteten, der modernen Rechtsanschauung und Bildung widerstrebenden Satzungen auf eine angemessene Weise umzubilden und zu ergänzen, — eine Aufgabe, welche bei der späteren Unthätigkeit der Reichsgesetzgebung, vorzugsweise in die Hände der Juristen kam. Denn wenn man von einigen allgemeinen Principien und von der Begriffsbestimmung einzelner Verbrechen absieht, — wie viel bleibt wohl noch von dem

Inhalt der Carolina für das heutige gemeine Criminalrecht übrig? Die Juristen haben sich dabei nun theils durch eine umfassendere Benutzung des römischen Rechts geholfen, welches ihnen besonders für die Feststellung der einzelnen Verbrechen einen Anhalt gab; theils haben sie durch eine philosophische Betrachtung der menschlichen Dinge allgemeine Principien zu gewinnen gesucht, und endlich bei der Abwägung der Strafen nach ihrer Beschaffenheit und ihrem Maaße die Ansichten und socialen Verhältnisse des modernen Lebens zu Rathe gezogen.

3. Der Proceß.

Der deutsche Civil- und Criminalproceß ist fast reines Juristenrecht; auch die einzelnen Bestimmungen der Reichsgesetze haben demselben mehr einen Anhalt für die weitere Entwicklung, als einen festen legislativen Kern geboten. Man stelle einmal genau zusammen, was sie in Verbindung mit dem römischen und canonischen Recht an positiven, unmittelbar geltenden Rechtssatzungen an den heutigen Proceß abgegeben haben, und man wird sich bald überzeugen, daß in diesem Material nicht einmal das Gerippe, geschweige denn der ganze Bau desselben enthalten ist. Das bezieht sich aber nicht bloß auf die ganze Anlage und Ausführung des Werkes, sondern geht auch bei wichtigen Lehren bis in das geringste Detail herunter; man nehme nur den Concursproceß und die Unterscheidung der General- und Specialinquisition im Criminalverfahren. Daß aber diese fast absolute Geltung des Juristenrechts gerade in diesem Rechtstheile so oft hat verkannt werden können, erklärt sich wohl zur Genüge aus dem Umstande, daß er mehr in der stille wirkenden Kraft der Praxis, als in der leichter erkennbaren Thätigkeit der Theorie seine

Ausbildung erlangt hat, und daß die wissenschaftliche Behandlung, welche ihm zu Theil geworden, im Ganzen eine so wenig befriedigende gewesen ist. Hat doch erst Briegleb in seinem vortrefflichen Werke über den Executivproceß zeigen müssen, was die Dogmengeschichte auch auf diesem Gebiete zu leisten vermag.

4. Das Staatsrecht.

Auch auf die Gestaltung des Staatsrechts haben die Juristen einmal einen großen Einfluß ausgeübt, nämlich so lange, als sie auch auf diesem Gebiete die wichtigsten Geschäfte leiteten, und also Theorie und Praxis vereinigen konnten. Das änderte sich seit dem 17. Jahrhundert, als nach dem Vorgange Frankreichs auch die deutschen Höfe die obere Leitung der innern Verwaltung immer mehr den Händen des ihrem Interesse gewonnenen niedern Adels anvertrauten, und sich gleichzeitig für die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten ein eigener Stand in den Diplomaten ausbildete, was auch durch den Uebergang der Geschäftssprache aus dem Lateinischen in das Französische angedeutet wurde. Nun wichen die gelehrten Kanzler den adeligen Ministern, und für die diplomatischen Verhandlungen wurden die Gesandtschaften vornehmer, zur Repräsentation geeigneter Personen allgemein eingeführt. Die letztere Veränderung ist freilich längere Zeit von einer größeren Bedeutung für die völkerrechtlichen, als für die staatsrechtlichen Verhältnisse Deutschlands gewesen; denn zur Zeit, als die Fremden zuerst mit in dem Rathe der Nation saßen, auf dem westphälischen Friedenscongreß, war sie noch nicht durchgeführt, und auf dem Reichstage spielten die Juristen bis kurz vor dem Ende desselben eine große Rolle, so wie auch der

nicht bloß als Gerichtshof so einflußreiche Reichshofrath mit ihnen besetzt war. Erst in neuerer Zeit, und namentlich nach Beseitigung der Napoleonischen Gewaltherrschaft, ist in den allgemeinen deutschen Angelegenheiten statt der alten publicistischen Deduction die Erwägung nach Rücksichten der hohen Politik üblich geworden, d. h. die diplomatische Behandlung völkerrechtlicher Fragen ward auch auf die staatsrechtlichen übertragen, wodurch diesen aber der Charakter rechtlicher Sicherheit zum guten Theile entzogen werden mußte. — Erscheint es aber aus diesen Gründen schon erklärlich, warum für das Staatsrecht weniger, als für andere Rechtstheile von einem Juristenrecht die Rede seyn kann, so kommt noch besonders in Betracht, daß es sich hier um Verhältnisse handelt, welche mit der allgemeinen politischen Geschichte in unmittelbarer Berührung stehen, und in sich eine Macht tragen, welche eher geeignet ist, die juristische Ueberzeugung zu bestimmen, als umgekehrt von ihr bestimmt zu werden. Wenn sich daher auch in früherer Zeit einige staatsrechtliche Lehren unter dem unmittelbaren Einfluß der Juristen entwickelt haben, und etwa als ein Juristenrecht angesehen werden können, so erkennt man doch bald, so wie man tiefer auf den Grund ihrer Entstehung eingeht, daß darin ein selbständiger Bildungsproceß und namentlich die Umsetzung der Territorialherrschaft in die Staatsgewalt realisirt worden ist. Dabei ist es denn allerdings nicht ohne arge Mißbildungen abgegangen, woran theils der traurige Zustand des öffentlichen Wesens in Deutschland überhaupt, theils aber auch die geringe Befähigung der Juristen für ihre Aufgabe die Schuld tragen. Zum Beweise des Gesagten hebe ich hier zwei Lehren hervor, die von den Regalien und von der Thronfolge. Die erstere ist freilich bei der verworrenen

und unorganischen Vermischung wesentlicher Hoheitsrechte und nutzbarer Rechte der verschiedensten Art, aus welcher sie entstanden ist, nie zu einer wissenschaftlichen Durchbildung gelangt, und hat auch nicht den Charakter einer unbedingten Gemeinrechtlichkeit gewonnen, auf den es dabei ursprünglich abgesehen war; aber daß sie dennoch von großer Bedeutung für das deutsche Staatsrecht, und wenigstens in den Staaten, deren Verfassung nicht von Grund aus neu geordnet worden, noch jetzt von practischer Wichtigkeit ist, steht außer Frage. Denn die meisten Puncte, welche dabei in Betracht kommen, wurden in früherer Zeit der Vereinbarung zwischen Fürst und Ständen, und wenn eine solche nicht zu Stande kam und die Gewalt nicht den Streit entschied, der richterlichen Entscheidung überlassen, wobei denn den Juristen die Gelegenheit gegeben war, ihre Theorien weiter auszuspinnen und zur Anwendung zu bringen, so daß sie allmälig in das geltende Recht übergingen. — Was ferner die Lehre von der Thronfolge betrifft, so hat sie sich freilich zunächst aus dem Standesrecht des hohen Adels entwickelt, und zwar für die souverainen Häuser in der Weise, daß das Princip der Erbmonarchie darin zur Verwirklichung gekommen. Es ist dieß aber unter der Vermittlung der von den Juristen ausgebildeten Theorie von der sogenannten successio ex pacto et providentia majorum geschehen, welche, obgleich sie in ihrer vollen doctrinellen Consequenz practisch nicht durchgeführt werden kann, der ganzen Lehre doch eine bestimmte Richtung und eigenthümliche Haltung gegeben hat. Auch ist die Frage über die Feststellung der eventuellen cognatischen Erbfolge und namentlich über das Verhältniß zwischen der Erbtochter und der Regredienterbin lange Zeit hauptsächlich nach den Theorien der Juristen entschieden worden.

5. Das Kirchenrecht.

Sind die Juristen im Staatsrecht durch die Diplomaten überflügelt worden, so haben sie ihren Einfluß auf das Kirchenrecht mit den Theologen theilen müssen. In der protestantischen Kirche sind sie namentlich erst dann zu einer bedeutenden Wirksamkeit gelangt, als die schöpferische Thätigkeit der großen Reformatoren beendigt war, und es hauptsächlich nur noch darauf ankam, das Werk in seinen Einzelnheiten auszuführen und die rechtliche Begründung dafür zu liefern. Außerdem wurden sie aber auch noch von andern Einflüssen bestimmt, wie sie denn z. B. die oberbischöfliche Gewalt der protestantischen Landesherrn, welche sich unter den gegebenen Verhältnissen selbständig entwickelte, nur anzuerkennen hatten, und in wechselnden Theorien eine bestimmte juristische Grundlage dafür zu gewinnen suchten. Wenn es daher auch zu keinem selbständigen Juristenrecht in den kirchenrechtlichen Instituten kommen konnte, so ist doch von den Juristen nach verschiedenen Seiten nachhaltig auf dieselben eingewirkt worden, namentlich bei der Feststellung der Frage, inwieweit die Regeln des katholischen Kirchenrechts, abgesehen von dem Dogma und von dem eigentlichen Kirchenregiment, auch für die Protestanten noch eine positive Geltung haben. Daher stellt sich das Kirchenrecht der letzteren in der älteren Bearbeitung, und besonders in J. H. Böhmer's berühmtem Werke, als eine Art des usus modernus dar, und zwar mit einer Reichhaltigkeit des Inhalts, und vor Allem mit einer Ausbeute für die Praxis, wie sie in den neueren Lehrbüchern kaum wieder zu finden ist, so sehr diese der ältern Literatur auch an wissenschaftlicher Haltung und gründlicher Forschung überlegen seyn mögen.

Zwölftes Kapitel.

Werth des Juristenrechts.

Eine Untersuchung über den Werth des Juristenrechts läßt sich in zwiefacher Weise anstellen. Man kann es einmal ganz allgemein zur Entscheidung bringen, ob und inwiefern es angemessen ist, daß der Juristenstand eine solche Stellung im Volke einnehme, welche ihm die Macht gewährt, seine Ueberzeugung zu einer selbständigen Rechtsquelle zu erheben. Allein die Aufgabe läßt sich auch enger fassen, so daß mit Beziehung auf ein bestimmtes, positives Recht derjenige Theil desselben, welcher sich als Juristenrecht darstellt, einer kritischen Betrachtung unterworfen wird. Wir haben es nun zunächst mit dem deutschen Rechtswesen zu thun, und insofern bildet die Lösung der zweiten Frage vorzugsweise den Gegenstand der folgenden Erörterung; aber wie überhaupt in dieser Schrift nicht bloß das gegenwärtig Bestehende ins Auge gefaßt, sondern der Blick auch auf die innere Begründung und weitere Fortbildung und Reform desselben gerichtet worden ist, so soll auch jetzt die Behandlung der Sache nicht durch willkührlich gezogene Grenzen eingeengt werden. Wird doch selbst eine Prüfung, die mehr, wie es hier geschehen, ins Einzelne einginge, zu keinem sicheren Resultate führen, wenn nicht die allgemeinen Gesichtspuncte, auf welche es bei einer solchen Untersuchung ankommt, vorher festgestellt worden sind. Manches ist darüber freilich schon in den früheren Erörterungen vorgebracht worden, auf die hier im Allgemeinen Bezug zu neh-

men ist; aber für Anderes findet sich jetzt erst die rechte Stelle, und nur aus der gemeinsamen Betrachtung aller Momente in ihrem innern Zusammenhange wird eine wissenschaftlich begründete Ansicht zu gewinnen seyn.

So viel ist nun einmal als ausgemacht anzunehmen, daß man sich die Stellung des Juristenstandes nicht als eine solche denken darf, welche nach allgemein gültigen Regeln bestimmt, unter allen Verhältnissen gleichartig sich gestalten müsse. Wir haben ja gesehen, wie es selbst in den Zeiten einer gesteigerten Cultur durchaus nicht absolut nothwendig ist, daß sich die Beschäftigung mit dem Rechte als die besondere Aufgabe bestimmter Personen darstellt, welche durch Berufswahl und Arbeit in einer gewissen Abgeschlossenheit zusammen gehalten, eben als ein eigener Juristenstand bezeichnet zu werden pflegen. Ist dieß aber auch unter gewissen Voraussetzungen der gewöhnliche Fall, so wird doch bei der Verschiedenheit der politischen und socialen Zustände, unter deren Einfluß die Rechtsbildung vor sich geht, auch bei der Entwicklung des Juristenstandes keine volle Uebereinstimmung statt finden. Derselbe wird vielmehr in sehr verschiedener Weise dem Volke gegenüber zu stehen kommen, und sich von diesem bald kastenartig ausscheiden, bald aber in fast unmerklichen Uebergängen an die aus vielfachen Elementen bestehende Menge erfahrener Geschäftsmänner sich anschließen. Wie sich das im einzelnen Fall macht, das hängt von der individuellen Natur des Volkes ab, von seiner Staatsverfassung, seinem öffentlichen Leben, vor Allem aber von der Beschaffenheit des Rechts selber, um dessen Kunde und Anwendung es sich handelt. Denn wenn dasselbe im Allgemeinen auf einer volksthümlichen Basis ruht, und nur in seiner allmäligen Entwicklung ein Element in sich

aufgenommen hat, dessen sichere Handhabung nur den Juristen von Fach zuzumuthen ist; so werden diese freilich zu einem nothwendigen Bestandtheil des öffentlichen Lebens. Aber deswegen bleibt das Recht in seinen allgemeinen Zügen doch noch ein Gemeingut der Nation, und kann auch ohne ein besonderes Studium von den Einzelnen, wenn auch nur in einer gewissen Beschränkung und mit Beihülfe der Juristen, erkannt und angewandt werden. Ist aber ein Volk durch die Ungunst des Geschicks oder durch eigenes Verschulden in seiner Rechtsbildung gehemmt worden, so daß fremde Satzungen seine Verhältnisse beherrschen; oder hat es die Lebensbahn zurückgelegt, welche allen Individualitäten, den Nationen wie den einzelnen Menschen, zugemessen ist, und eilt nun kraftlos und abgelebt seiner Auflösung entgegen, indem es ohne selbständige Schöpfung und Bewegung, nur durch die Errungenschaft besserer Zeiten kümmerlich sein Daseyn fristet: da kann es nur natürlich erscheinen, daß auch das positive Recht seinem Bewußtseyn ganz entfremdet wird, und ausschließlich in die Hände derjenigen geräth, welche sich, mit wie geringem Erfolge auch immer, seinem Studium vorzugsweise widmen, und in der Anwendung wenigstens eine gewisse Fertigkeit und Geschicklichkeit entwickeln.

Denkt man sich nun diese Gegensätze in der Stellung des Juristenstandes und die Uebergänge, welche dazwischen liegen, so bedarf die Behauptung keines besonderen Beweises mehr, daß auch das Juristenrecht seiner Natur und Beschaffenheit nach nothwendig ein sehr verschiedenes seyn muß. Bei einem Volke, in einer gewissen Periode, ist es vielleicht nichts Anderes, als eine Fortführung des Volksrechts, dem etwa der Juristenstand seine feinere Ausbildung und festere Begründung

gegeben hat, indem der in der Nation ruhende rechtsbildende Trieb, ehe er sich noch anderweitig zum geltenden Rechte gestaltet hat, in das Bewußtseyn der Juristen übergeht, und durch deren Auctorität den Charakter einer positiven Norm erhält. Dabei kann natürlich manche einzelne Mißbildung entstehen, vor der ja kein Menschenwerk sicher ist, und je mehr sich die Rechtsentwicklung vom Volke zurückzieht und ausschließlich Sache der Juristen wird, desto größer ist die Gefahr, daß so etwas geschehe; aber an und für sich ist kein Grund vorhanden, einem solchen Juristenrechte den Werth einer naturgemäßen Entstehung abzusprechen, so wenig wie dem Gesetzesrecht, welches ja auch nicht nothwendig seine formelle Geltung von der Gesammtheit des Volkes erhält, und möglicher Weise dessen Wünschen und Bedürfnissen sehr wenig angemessen seyn kann. — Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn den Juristen der innere Zusammenhang mit dem Rechtsleben des Volkes, dem sie angehören, abgeschnitten ist, und sie nun, zur ausschließlichen Handhabung eines unlebendigen Materials berufen, mit diesem sich in stiller Abgeschiedenheit beschäftigen, um damit, so gut es gehen will, das practische Bedürfniß zu befriedigen. Auch unter solchen Verhältnissen kann sich noch ein Juristenrecht ausbilden, was namentlich dann geschehen wird, wenn die Gesetzgebung eine geringe Thätigkeit und Energie entfaltet, und der vorhandene Rechtsstoff überhaupt oder insoweit er in das Bewußtseyn des Juristenstandes übergegangen ist, für die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse nicht ausreicht. Allein man wird sich nicht wundern, wenn ein Juristenrecht dieser Art sowohl nach seinem allgemeinen Charakter als auch in den meisten Einzelnheiten als ein wenig gelungenes Werk erscheint, dem man

die Mängel seiner Entstehung sofort ansieht, und welches in seiner positiven Geltung nur die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts für sich in Anspruch nehmen darf. Von einer Vertretung und Fortbildung des Volksrechts wird hier nur ausnahmsweise die Rede seyn können, ja es wird sich bei einer aufmerksamen Betrachtung zeigen, daß nichts einer nationalen und lebendigen Rechtsentwicklung feindlicher entgegen tritt, als ein solches Juristenrecht, dem nur die ganz äußerliche Normirung der Verhältnisse durch eine oberflächliche und leichtsinnige Gesetzgebung verglichen werden kann. Wo nun überhaupt jede schöpferische Kraft im Volke abgestorben, und auch keine Hoffnung mehr vorhanden ist, auf irgend eine Weise eine Regeneration des öffentlichen Lebens zu beschaffen, da mag es im Allgemeinen gleichgültig seyn, unter welchen Formen die altersschwachen Zustände sich hinschleppen, und das dürftige Maaß ihrer Beurtheilung finden. Allein anders verhält es sich da, wo es nur darauf ankommt, den Krankheitsstoff, der sich über einen innerlich noch kräftigen Volksorganismus verbreitet hat, auszutreiben, um wieder eine dauernde Gesundheit herbeizuführen; da ist die Erkenntniß des Uebels schon der erste Schritt zur Besserung, und die Bekämpfung des krankhaften Zustandes, auch wenn man sich schon daran gewöhnt hat, ist eine Pflicht, der weder der Arzt noch der Kranke aus Scheu vor einer schmerzhaften Operation und einer bitteren Medizin sich entziehen darf.

Es wird aus verschiedenen Gründen angemessen seyn, das Gesagte durch eine kurze Betrachtung der römischen Rechtsgeschichte, insofern sie den hier behandelten Gegenstand betrifft, anschaulicher zu machen. Denn nicht bloß bietet sie im Allgemeinen ein sehr lehrreiches Beispiel von einer eigenthümli-

chen Rechtsentwicklung dar, sondern sie hat auch durch die noch bestehende Geltung römischer Rechtsquellen und durch den Einfluß, welchen deren Studium auf die deutsche Jurisprudenz ausgeübt hat, für uns das allernächste Interesse. In letzterer Beziehung namentlich darf wohl mit einiger Sicherheit angenommen werden, daß die Ansichten über die Bedeutung des Juristenrechts, welche oben im zweiten Kapitel theilweise bekämpft worden sind, hauptsächlich der Abstraction von römischen Rechtszuständen ihre Entstehung zu verdanken haben. Jedenfalls wird aber eine, wenn auch nur kurze Darstellung derselben den Vortheil gewähren, daß sich im Gegensatze davon das Eigenthümliche unseres deutschen Rechtswesens mit größerer Bestimmtheit hervorheben läßt.

Es hat bekanntlich lange gewährt, ehe sich in Rom ein eigener Juristenstand bildete, und einen unmittelbaren Einfluß auf die Rechtsentwicklung gewann. Erst mit dem Untergange des alten Römerthums ist dieß geschehen, als die Verhältnisse immer entschiedener zur Herrschaft eines Einzigen, dem sich die gesammte freie Bevölkerung unterwarf, hindrängten, und das frühere Stadtrecht zum gemeinen Reichsrecht umgestaltet wurde. Indessen entwickelte sich auch in der älteren Zeit das Volksrecht in keiner so maaßlosen Freiheit, wie es lange unter den Deutschen der Fall gewesen ist. Die antike Welt, deren erstes Bedürfniß und Lebensprincip die naturgemäße Ausbildung des Einzelnen wie des Staates war, strebte doch immer nach bestimmten Formen, in denen sie das Maaß und die Grenze der Freiheit fand. Daher erklärt sich in Rom das frühe und energische Eingreifen der Gesetzgebung in alle Verhältnisse, welche nicht dem reinen Privatrecht angehörten, und auch dieses war durch den strengsten Formalismus gebunden. Als

aber in letzterer Beziehung eine freiere Bewegung des Rechtslebens nothwendig wurde, da benutzte man die souveraine Machtvollkommenheit, welche die Magistrate innerhalb ihrer Amtssphäre ausübten, um das gefühlte Bedürfniß zu befriedigen, und gewann namentlich ein Organ für die weitere Ausbildung des Rechts in der Prätur, welche weder Gesetzes- noch Volksrecht schuf, aber die den Verhältnissen entsprechende Norm mit einer legalen Auctorität bekleidete. Daß dabei nicht die Willkühr des einzelnen Prätors, wenn auch durch die Intercession seiner Collegen und die nach der Amtsführung zu befürchtende Anklage in Schranken gehalten, walten konnte, versteht sich von selbst; er mußte bei der Aufstellung seines Edicts das Passende treffen, wenn es auf dauernde Geltung Anspruch machen sollte, und der Rath und die Hülfe von rechts- und geschäftskundigen Männern war ihm daher unentbehrlich. Als nun mit dem Absterben des republicanischen Lebens auch die Prätur immermehr von ihrer früheren Bedeutung verlor, und es auch zu keiner umfassenden Gesetzgebung kam, die Cäsar unter seine reformatorischen Pläne mit aufgenommen hatte, so war für solche Männer, welche die Beschäftigung mit dem Rechte zu ihrer Lebensaufgabe machten, die Gelegenheit zur großartigsten Wirksamkeit gegeben. Jetzt sind es die Juristen, welche durch griechische Bildung zur wissenschaftlichen Behandlung ihres Gegenstandes befähigt, gehoben durch die Auctorität der Cäsaren, das Rechtswesen hauptsächlich beherrschen; sie nehmen den gesammten positiven Rechtsstoff in sich auf, und reproduciren ihn in freier Beherrschung des Einzelnen als ein Ganzes, dem nicht eine bloß äußerliche logische Verknüpfung, sondern der darin herrschende Geist, die ratio juris den Charakter der Einheit aufdrückt. So gewinnen sie ei-

nen festen Standpunct, der ihnen die Sicherheit giebt, auch über die bloße Rechtskunde hinaus zu gehen, und in selbständiger Entwicklung aus der Natur der Rechtsverhältnisse neue Normen, ein Juristenrecht zu schaffen. Aber es ist, als ob aus der Beschäftigung mit den Rechtsquellen einer besseren Zeit auch deren Geist auf die Juristen übergeht; sie sind die bewährtesten Charaktere jener Periode des allgemeinen Verfalls, und mit einer Geschäftskunde, wie nur ihr Aufenthalt in der Hauptstadt der Welt, mitten im Verkehr des Lebens unter großartigen Verhältnissen sie geben kann, verbinden sie eine Meisterschaft in der juristischen Methode, welche noch jetzt Bewunderung erregt. So bildet sich unter ihren Händen das römische Privatrecht zu einer seltenen Vollendung aus; wie früher der Prätor, und in einem noch weiteren Umfange, wie er, sind sie ein Organ des Volksrechts, so weit es unter den gegebenen Zuständen überhaupt noch möglich ist, und nicht mit den positiven Satzungen eines despotischen Regiments in Collision kommt. Aber bei dem allgemeinen Ruin kann sich auch der Juristenstand, dem eine breite, volksthümliche Basis fehlt, auf die Dauer nicht auf seiner Höhe erhalten. Die Schwurgerichte gehen ein; die Rechtspflege kommt ausschließlich an die Beamten; kaiserliche Constitutionen werden die einzige Rechtsquelle; die juristische Kunst, selbst die Herrschaft über den positiven Rechtsstoff geht verloren, und nur unter Justinian gelingt es noch einmal, so weit das byzantinische Wesen es gestattet, — wenn auch nicht die Kraft der früheren Jurisprudenz wieder zu erwecken, so doch formell die wichtigsten Resultate derselben mit dem übrigen positiven Rechte zusammen zu stellen, nach dem damaligen Bedürfnisse zu verarbeiten und in eine gewisse Einheit und Harmonie zu bringen.

Also in einer bestimmten Zeit, unter besonderen Verhältnissen hat in Rom der Juristenstand Großes geleistet, und ist für das Privatrecht (denn nur für dieses war noch einigermaaßen eine freie Rechtsbildung möglich) ein Organ des Volksrechts geworden. Aber wie viele Umstände mußten zusammen kommen, um ein solches Resultat herbeizuführen! und wie beschränkt war doch auch in mancher Hinsicht diese im Allgemeinen freilich so großartige Wirksamkeit der Juristen, selbst auf dem Gebiete des Privatrechts! Haben sie es doch, um vom Einzelnen zu schweigen, nicht einmal vermocht, jenen Dualismus, der nur durch äußere Umstände hervorgerufen, störend durch das spätere römische Rechtssystem hindurch geht, ich meine die Scheidung in jus civile und honorarium, zu beseitigen, — eine Aufgabe, welche allein von der gesetzgebenden Gewalt vollständig hätte gelöst werden können, zu der aber freilich die spätere Kaiserzeit nicht mehr befähigt war. — Jedenfalls aber, das muß jedem Unbefangenen einleuchten, kann jene eigenthümliche Stellung der classischen römischen Juristen nicht benutzt werden, um darauf eine allgemeine Ansicht von der Bedeutung des Standes für die Rechtsbildung zu begründen, und sie auch für die deutschen Verhältnisse geltend zu machen. Diese wollen aus sich selbst verstanden und gewürdigt werden. Lassen wir aber einmal die Gegensätze der antiken und modernen Welt, von Rom und Deutschland bei Seite, und heben nur ein anderes Moment desto bestimmter hervor. Die römischen Juristen hatten ein nationales Recht zu behandeln und auszubilden, zwar für die freie Bevölkerung des ganzen Reichs, welche jeder bestimmten Volksthümlichkeit entbehrte, und sich gewissermaaßen nur im jus gentium vertreten sah; aber sie selbst hatten doch ein sicheres Bewußtseyn

von dem eigentlichen Kern des alten Rechtswesens, an den sich die neueren Bildungen ansetzten, welche wiederum auf dem Boden der unmittelbar bestehenden, lebendigen Verhältnisse erwachsen waren. Unsere deutschen Juristen dagegen sind außer Zusammenhang mit dem ursprünglichen deutschen Rechtsleben gekommen; sie verdanken ihre Bildung vorzugsweise einem fremden Rechtsbuch, dessen Inhalt, ein Product verschiedener Zeiten und Zustände, als positive Norm gelten soll, obgleich er nur in wenigen Instituten eine unmittelbare Anwendung auf die gegenwärtigen Rechtsverhältnisse gestattet. Dazu kommt die Beschaffenheit des deutschen Gerichtswesens, die freilich guten Theils auch wieder als eine Folge von der Geltung des fremden Rechts anzusehen ist, aber doch, wie sie einmal besteht, die Juristen noch mehr von der Anschauung und Durchdringung der Lebensverhältnisse entfernt halten mußte. Daraus sind denn zwei Uebelstände erwachsen, welche wie eine schwere Last auf die deutsche Jurisprudenz drücken, und auch dem Juristenrecht seinen eigenthümlichen Charakter aufgeprägt haben: todte Gelehrsamkeit und dem Leben entfremdete Theorie.

Es könnte scheinen, als ob diese Behauptung mit einer anderen in Widerspruch steht, welche früher von mir aufgestellt worden ist. Ich habe nämlich gesagt, daß man die Möglichkeit, das römische Recht in seiner unmittelbaren Geltung auf die modernen Verhältnisse anzuwenden, nur der vermittelnden Thätigkeit der Juristen zuzuschreiben hat, indem sie dasselbe unter ihren Händen wesentlich modificirten, und es gewissermaaßen nur als den Kern und Mittelpunct des Juristenrechts bestehen ließen. Darnach scheint die Wirksamkeit des Juristenstandes, auch insofern sie eine neue Rechtsbildung hervorrief, doch gerade eine recht practische Tendenz gehabt zu

haben. Das ist nun auch in einem gewissen Sinne ganz richtig. Allein es erscheint doch an und für sich unnatürlich und verschroben, daß das positive Recht erst einen solchen Läuterungsproceß durchmachen mußte, um überhaupt nur practicable zu werden, und die Nothwendigkeit, worin sich die Juristen fortwährend befanden, bei jeder wissenschaftlichen oder practischen Operation sich die Bestimmungen des römischen Rechts zu vergegenwärtigen und über deren Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit sich Rechnung abzulegen, mußte ihrer Methode verderblich werden und überhaupt ihrer freien Bewegung ein großes Hemmniß bereiten. Denn gerade diejenigen Momente, auf denen die Hauptkraft der römischen und überhaupt jeder tüchtigen Jurisprudenz beruht, hatten für die deutsche nur eine untergeordnete und beschränkte Wichtigkeit; die unbefangene Anerkennung des Volksrechts, die Entwicklung aus den im Wesen der Verhältnisse ruhenden Principien, die Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, — dieß mächtige juristische Rüstzeug, durch dessen kunstvolle Handhabung die starre Masse des geschriebenen Rechts erst in Fluß gebracht und die leer gebliebene Lücke ausgefüllt wird, stand den Deutschen nicht zur freien Benutzung zu Gebot, da sie, statt sich die einzelne Rechtsnorm in geistiger Freiheit zu abstrahiren, dieselbe aus dem Corpus Juris und seinen Commentatoren mühsam herausklaubten. Daher erklärt sich die gelehrte Färbung, welche unsere Jurisprudenz selbst unter den Händen der besseren Practiker angenommen hat; diese ganz unlebendige und dürre Casuistik, welche, anstatt in das Wesen der Rechtsverhältnisse und in die sie bestimmenden Momente einzudringen, nur bestrebt ist, für den vorliegenden Rechtsfall durch Citate und Allegationen eine äußerliche Normirung zu

gewinnen, und die, wenn sie gründlich wird, sich in der Exegese alter Rechtsquellen ergeht. Unter diesen Umständen mußten denn freilich gerade diejenigen Männer den größten Einfluß auf die deutsche Rechtsbildung erlangen, welche sich als Gelehrte von Profession mit dem Recht als einem Gegenstande besonderer Studien beschäftigten, und es oft als ein selbständiges Wesen, ohne Rücksicht auf seine unmittelbare Beziehung zu den Lebensverhältnissen betrachteten, als ob die Gelehrsamkeit überhaupt und namentlich für eine practische Disciplin etwas Anderes als ein Mittel zum Zweck seyn könnte. Ist auch bei manchen Universitätslehrern, denn von diesen ist hier besonders die Rede, eine so ganz verfehlte Richtung dadurch temperirt worden, daß sie auf die eine oder die andere Weise dem Leben und seinen Anforderungen näher gebracht wurden; und hat den Einen seine höhere wissenschaftliche Begabung, welche jeder Einseitigkeit widerstrebt, den Andern vielleicht seine unverwüstliche geistige Gesundheit vor solchen Verirrungen bewahrt, — im Allgemeinen blieb doch die Lage der Dinge, wie sie bezeichnet worden; das Uebel konnte wohl im Einzelnen gemildert werden, aber gehoben ward es dadurch nicht. Und wenn es nur noch eine rechte volle Gelehrsamkeit gewesen wäre, was aus jenen Bestrebungen hervorging! Aber wie viel ist ohne Critik den fremden, und namentlich den italienischen Juristen nachgeschrieben worden; wie viele ganz inhaltslose und gleichgültige Untersuchungen und Controversen wurden immer von Neuem mit pedantischer Gründlichkeit erwogen und durcharbeitet; welch eine Menge von nichtsnutzigem Plunder, wie viele oberflächliche Salbadereien, Abgeschmacktheiten und Irrthümer liegen überhaupt in dem Wust der deutschen juristischen Literatur aufgespeichert vor uns! Bei andern

Völkern wird der Verfasser eines guten Buches geehrt; in Deutschland kann es beinahe schon als ein Verdienst gelten, kein schlechtes geschrieben zu haben!

Ist aber die Reception des römischen Rechts von entschiedenem Einfluß auf diese Entartung unserer Jurisprudenz gewesen, so würde man doch zu weit gehen, wenn man sie ihr allein zuschreiben wollte. Es liegt darin, wie schon früher gezeigt worden, nur Eins der Momente, deren Zusammenwirken den heutigen Rechtszustand in Deutschland herbeigeführt hat. Das ergiebt sich recht deutlich, wenn man die Wirksamkeit der Germanisten betrachtet, welche doch gerade einen bewußten Gegensatz zu den Romanisten bildeten, der sich wenigstens bei Manchen von ihnen bestimmt genug ausgesprochen hat. Auch sie haben es selten vermocht, sich von diesem gelehrten Treiben los zu machen, und wenn sie über den Standpunct des usus modernus hinauskamen, so beschäftigten sie sich vorzugsweise gern mit den Rechtsalterthümern, und hingen in ihren dogmatischen Arbeiten nur zu leicht leeren Theorien nach, ohne da, wo sie ihre Kraft hätten suchen sollen, im Rechtsleben des Volkes feste Wurzel zu schlagen. Freilich gehörte schon ein gewisser Muth und ein scharfes Auge dazu, um in dessen Tiefen einzudringen, denn es war ja nach allen Seiten hin verdeckt und gestört; aber daß es eben so geworden, daran haben die Juristen keinen geringen Theil verschuldet. Ist es ihnen daher auch gelungen, so viel an ihnen lag, die Herrschaft des gemeinen Rechts und somit ein wichtiges Band der politischen Einheit Deutschlands zu begründen und aufrecht zu erhalten; es in harmonischer Durchbildung zur wahren Wissenschaftlichkeit zu erheben, und die Anforderungen der höheren Praxis, die nicht bloß eine gewandte Routine ist, zu befriedigen

oder gar als ein das Volksrecht vertretendes Organ sich zu bewähren, — diese Aufgabe haben sie unerfüllt gelassen. — In dem Urtheil über die Wirksamkeit der Juristen überhaupt ist aber auch das über das von ihnen gebildete Juristenrecht schon enthalten; denn da es das Product ihrer Thätigkeit, der fest gewordene Inhalt ihrer Ueberzeugungen ist, so kann es nur von deren Beschaffenheit die Bestimmung seines Werthes bekommen. Daß dieß Verhältniß aber wirklich besteht, läßt sich auch im Einzelnen darthun, ohne daß es dazu einer umfassenden Kritik aller im Juristenrecht enthaltenen Institute bedürfte; einige Beispiele werden schon zur Bestätigung des Gesagten ausreichen.

Zuerst beziehe ich mich auf das Gerichtswesen und insbesondere auf das gerichtliche Verfahren. Es ist bereits oben im 9. Kapitel weitläuftiger gezeigt worden, daß das Princip des heimlich-schriftlichen Processes dem Geiste des deutschen Volkes und einer würdigen und energischen Handhabung der Rechtspflege auf keine Weise entspricht; aber gerade dieses Princip ist mit der ganzen Tendenz unserer Jurisprudenz auf das Engste verbunden, und von ihr auch erst recht ausgebildet und in die Praxis eingeführt worden. Dadurch hat denn der gemeine deutsche Civilproceß seine jetzige, so wenig befriedigende Gestalt erhalten, und auch der Criminalproceß ist im Wesentlichen dadurch bestimmt worden. Indessen besteht zwischen beiden Rechtstheilen doch noch ein wesentlicher Unterschied. Denn der Erstere ist, wie mangelhaft auch sein Fundament seyn mag, doch mit großem Scharfsinn und innerer Consequenz ausgebaut worden; es ist ein System darin, dessen formelle Tüchtigkeit man anerkennen muß, und welches die ihm gestellte Aufgabe in seiner Weise erfüllt. Im Criminal-

proceß dagegen mit seiner Untersuchungsmaxime, die nur zu Willkührlichkeiten führt, fehlt seit der Abschaffung der Folter der Schlußstein des ganzen Gebäudes; die über Alles wichtige Beweislehre ist durch und durch erschüttert, und in der Praxis so gut wie in der Theorie zeigt sich ein unstätes Schwanken, welches die innere Haltungslosigkeit des ganzen Systems deutlich genug bekundet, und eben ein Zeugniß davon ablegt, wie wenig es dem mühevollen Scharfsinn einer in sich abgeschlossenen Schule gelingen kann, den Anforderungen des Lebens und der Freiheit Genüge zu leisten. — Auch das materielle Strafrecht, so tüchtig es auch in mancher Hinsicht durchgearbeitet worden, kann doch schon seiner gelehrten Färbung wegen und bei der Unsicherheit mancher allgemeiner Regeln und namentlich des Strafmaaßes, keinen Anspruch darauf machen, das Bedürfniß des Volkes und des Staates zu befriedigen; wie viele und wichtige Momente darin aber von den Juristen schief gefaßt oder übersehen worden sind, ist in neuerer Zeit, da eine mehr volksthümliche Gesetzgebung in diesem Rechtstheile angestrebt wird, bestimmt genug an den Tag gekommen. — Was ferner die Stellung des Juristenrechts im Staats- und Kirchenrechte betrifft, so verweise ich auf die im vorigen Kapitel gegebene Ausführung, und fasse nur noch das Privatrecht näher ins Auge. Auch auf diesem Gebiete haben die Juristen, obgleich ihnen hier gerade die freieste Bewegung vergönnt war, den ihrer Wirksamkeit überhaupt anhängenden Charakter nicht verleugnet. Der Kampf, den sie für das römische Recht gegen das einheimische führten, war ja, in vielen Beziehungen wenigstens, ein beharrlich fortgesetztes Streben, den todten Buchstaben über das lebendige Wort zu setzen, und wenn auch am Ende das römische Recht einer oft willkühr-

lichen Behandlung unterworfen ward, um nur den ihm widerstrebenden Verhältnissen angepaßt zu werden, so litten doch auch diese unter der neu geformten Regel, weil sie ihnen so häufig von außen her zugetragen ward, und nicht in einer tieferen Begründung aus ihnen selbst gezogen werden konnte. Da aber die Juristen einmal aus dem inneren Zusammenhange mit dem nationalen Rechtsleben gekommen waren, und sie diesen auch durch gelehrte germanistische Studien nicht wieder herzustellen vermochten, so geschah es, daß sie manche Lehren zur Geltung brachten, in der Meinung vielleicht, dem einheimischen Recht ein wichtiges Zugeständniß zu machen, und dabei gerade dessen Geist am Wenigsten erfaßten. So haben sie den reichen Formalismus, welcher das deutsche Rechtsleben beherrschte, in das Princip der Klagbarkeit aller Verträge aufgehen lassen, wodurch kein geringerer Schaden, als durch die Zerrüttung der gerichtlichen Auflassung angerichtet worden; so haben sie ferner die Erbverträge zu einem allgemein gültigen Institut ausgesponnen, und gerade da, wo sie am Platze gewesen wären, bei den wechselseitigen Zuwendungen der Ehegatten das Princip der letztwilligen Verfügung im reciproken Testamente durchgeführt, obgleich dieses durchaus unfähig ist, die ihm zugewiesene Aufgabe zu erfüllen.

Ist nun nach dem Angeführten der Werth des deutschen Juristenrechts im Allgemeinen nicht hoch zu stellen, so ist damit doch noch nicht gesagt, daß es ohne alles Verdienst ist, und daß nicht im Einzelnen manche zweckmäßige, dem Bedürfniß entsprechende Rechtsbildung dadurch hervorgerufen worden. Ich habe schon wiederholt darauf hingewiesen, daß gerade um die Begründung und Befestigung des *gemeinen* Rechts im Gegensatz zu dem bloß particulären die Juristen

sich vorzugsweise verdient gemacht haben; im Civilproceß kann noch besonders die Beibehaltung der Verhandlungsmaxime (wenn auch in dieser Beziehung eine gewisse starre Einseitigkeit nicht zu verkennen ist), ferner die bestimmte Scheidung von Einlassung und Einrede, so wie die Ausbildung des Beweisinterlocuts, im Criminalproceß wenigstens die Sorgfalt bei der Feststellung des objectiven Thatbestandes an ihnen gerühmt werden. Auch im Privatrecht haben sie manche Lehre zeitgemäß entwickelt, z. B. die von den Zinsen, und zuweilen selbst dann ein günstiges Resultat hervorgerufen, wenn ihre Ueberzeugung zunächst auch auf Mißverständnissen und Irrthümern beruhte. Ein Beispiel wird dieß deutlicher machen. Mit der Aufnahme des römischen Rechts kamen auch dessen Grundsätze über die Privilegien des Fiscus großen Theils zur practischen Geltung, — eine Thatsache, die sich nicht wegleugnen läßt, obgleich die betreffenden Bestimmungen offenbar dem öffentlichen Recht, ja man kann fast sagen dem Staatsrecht angehören, welches letztere sonst doch nicht recipirt worden ist. Die ältere Theorie von der absoluten Geltung des römischen Rechts und später die Macht der Regierungen und die ihrem Interesse dienstbare Beflissenheit der Juristen sind wohl die Veranlassung gewesen, daß man eben bei der römischen Fiscuslehre eine Ausnahme gemacht hat, obgleich sie in ihrer ganz eigenthümlichen Entwicklung der Verfassung und den Rechtsansichten der Deutschen wenig entsprach. Daher mag es denn nun aber gekommen seyn, daß die Juristen es sich doch angelegen seyn ließen, jene exorbitanten Privilegien auf die eine oder die andere Art zu mäßigen, und dazu gelangten sie auf folgende Weise. Eine Stelle des römischen Rechts (**L. 10. D.** de jure fisci) lautet also:

Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

Die Erklärung dieser Stelle macht keine Schwierigkeit, wenn man nur dem einfachen Wortsinne folgt, und zugleich die allgemeine Lage der öffentlichen Verhältnisse zur Kaiserzeit gehörig berücksichtigt. Die Uebersetzung wird lauten: „Ich glaube nicht, daß derjenige ein Delict begeht, welcher in zweifelhaften Fragen leicht gegen den Fiscus respondirt.“ Daß namentlich das Wort delinquere so, wie geschehen, übersetzt werden muß, wird dadurch, daß zum respondere noch facile hinzugefügt worden ist, ganz unzweifelhaft. Aber wie haben unsere Juristen diese Stelle aufgefaßt? Sie übersetzten delinquere mit fehlen, und indem sie das respondere auf gerichtliche Entscheidungen bezogen, bildeten sie daraus die processualische Präsumtion: in dubio contra fiscum! wodurch dessen Privilegien denn allerdings auf gewisse Weise ein Gegengewicht erhielten.

Es ist nun aber noch ein Punct zu berücksichtigen, welcher nicht ohne Einfluß auf das Urtheil seyn kann, welches über den Werth des Juristenrechts abgegeben wird. Ich habe schon früher bemerkt, daß die Ueberzeugung der Juristen nicht immer ganz stabil seyn, sondern sich in einer gewissen innern Bewegung befinden wird, welche denn leicht auch einen Wandel im Juristenrecht hervorrufen muß. Dazu kommt, daß sich jene Ueberzeugung nicht immer zu einer solchen Gleichmäßigkeit und Festigkeit condensirt hat, daß sie genügt, um sichere positive Rechtsregeln zu begründen, was denn natürlich, wenn man die Normirung gewisser Verhältnisse von dieser Seite her erwarten muß, einen Mangel in dem Rechtsmaterial ver-

anlaßt, der oft anderweitig schwer zu ersetzen ist. Auf diese Weise wird leicht eine gewisse Rechtsunsicherheit entstehen, und es fragt sich nun, ob daraus nicht überhaupt ein Grund gegen das Juristenrecht und namentlich gegen das deutsche, wo jene Uebelstände allerdings besonders stark hervortreten, herzuzunehmen ist? — Wird nun diese Frage ganz allgemein gestellt, so bezieht sie sich nicht allein auf das Juristenrecht, sondern überhaupt auf jede Rechtsbildung, welche sich, im Gegensatz zu dem bestimmten Gesetz, in einer gewissen Freiheit und äußern Ungebundenheit entfaltet, also auch auf das Volksrecht. Allein ein solcher Mangel an der äußern Fixirung der Rechtsregel ist an und für sich kein Uebel, indem darin zugleich die Möglichkeit ihrer größeren Elasticität gegeben ist, und die rechte Methode und die Verfassung, namentlich auch der Gerichte, die Mittel gewähren können, dem scheinbar formlosen Stoff die nothwendige Norm abzugewinnen. Es war daher eine einseitige Richtung, als seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts die reformatorische Thätigkeit der deutschen Gesetzgebung, deren innere Begründung im Allgemeinen nicht zu leugnen ist, vor Allem auf die Erlangung einer äußeren Rechtssicherheit hinstrebte, welche man namentlich durch die Herrschaft der Juristen gefährdet glaubte. Daher die ganz detaillirte Ausführung des preußischen Landrechts, und jener nicht verhehlte Zorn gegen die Rechtsbildung durch die Juristen, welche zu reinen Executivbeamten der im Gesetz vollständig ausgesprochenen Willensmeinung gemacht werden sollten. Aber wie diese Richtung dem preußischen Rechtswesen keinen Segen gebracht hat, so haben auch schon die folgenden Gesetzgebungen sich damit begnügt, im Allgemeinen nur die leitenden Rechtsprincipien aufzustellen, und die weitere Entwicklung des

Einzelnen auf dem Wege der consequenten Deduction wieder den Juristen anvertraut. Dieß ist nun auch eine Aufgabe, die ihnen zukommt, und die ihnen um so eher überlassen werden kann, wenn sie in den Gerichten mit Schöffen aus dem Volke zusammen sitzen. — Es bleibt daher nur noch zu erwägen, ob die selbständige Begründung von Rechtsinstituten, also nicht bloß die Entwicklung aus dem Princip, sondern auch die Aufstellung eines solchen dem Juristenstande zugewiesen werden kann, und er also gleichsam der gesetzgebenden Gewalt gleichzustellen ist? Eine solche Befugniß wird man ihm aber nicht wohl einräumen dürfen, wenn es sich um eine umfassende Codification handelt; er wird sich dann innerhalb der vom Gesetz gezogenen Linien des Rechtssystems zu halten haben, und auch keine Veranlassung fühlen, darüber hinauszugehen, wenn sie in ihrer ursprünglichen Anlage und in ihrer allmäligen legislativen Erweiterung nur genügen. Ist dieß aber nicht der Fall, zeigt sich wirklich eine Lücke im Gesetzbuch, welche von dem Gesetzgeber selbst nicht zeitig ausgefüllt wird: so wird sein Verbot auch nicht davon abhalten, anderweitig für die Verhältnisse eine Normirung zu gewinnen, mag nun das Volks- oder das Juristenrecht, je nach den besonderen Umständen, dieselbe liefern. Anders aber, wie bei einer umfassenden Codification, stellt sich die Sache gegenwärtig für das Recht der meisten deutschen Staaten, welches, für seine gemeinrechtlichen Bestandtheile wenigstens, das Juristenrecht durchaus nicht entbehren kann. Ist der Vorwurf der Unsicherheit, welcher demselben gemacht wird, auch in mancher Beziehung nicht unbegründet, so ist das ein Mangel, der die Geltung des festgewordenen Rechtes doch nicht bedroht, und für das Privatrecht wenigstens von keinem solchen Belang ist,

um schon deswegen das Juristenrecht ganz und gar zu verwerfen. So lange wir keine allgemeine deutsche Codification haben, liegt in dem Volks- und Juristenrecht die einzige Gewähr für die einheitliche Fortbildung unseres Rechtswesens, welche durch die große Thätigkeit, die jetzt in der particulären Gesetzgebung herrscht, ernstlich bedroht wird. Hoffen wir denn, daß der Mangel an äußeren Mitteln, um dem Juristenrecht seine sichere gemeinrechtliche Haltung zu verschaffen, und namentlich an solchen Einrichtungen, wie die eines obersten deutschen Gerichtshofes, woran das englische Rechtswesen so reich ist, — nicht zu nachtheilig einwirken, und daß sich dafür in der höheren nationalen Entwicklung des Volkes und in der edleren Wissenschaftlichkeit der Juristen vorläufig wenigstens ein Ersatz finden wird.

Und in der That hat es den Anschein, als ob in dieser Hinsicht das Beste zu hoffen ist. Es kann nicht verkannt werden, daß die deutsche Jurisprudenz in neuerer Zeit bedeutende Fortschritte gemacht hat, und daß sie, wenn sie auch nicht beliebig vom positiven Rechte abgehen darf, doch gegenwärtig schon über ganz andere Mittel zu gebieten hat, wie früher, um segensreich auf die Rechtsbildung einwirken zu können. Man hat angefangen, das wüste durch einander geworfene Material zu sichten und zu sondern; das römische Recht ist in seinem eigensten Wesen ergründet worden, und zugleich ist der freilich stets befolgte, aber oft verkannte Grundsatz dem wissenschaftlichen Bewußtseyn näher getreten, daß nicht der Buchstabe der Justinianischen Compilation, sondern der darin ausgesprochene Geist der Institute in seiner modernen Durchbildung für recipirt zu halten ist. Auch das nationale Element unseres Rechtes hat erst spät eine würdige und umfas-

sende Bearbeitung gefunden, welche sich, den Spuren der Geschichte eifrig nachgehend, mit immer größerer Energie dem gegenwärtig noch im Volke lebenden Rechte zuwenden wird. So ist die Aussicht eröffnet, daß wir es in nicht zu ferner Zeit zu einer wahrhaften Durchdringung unseres gesammten Rechtsstoffs bringen, und diesen auch in seiner innern Einheit wissenschaftlich erfassen werden, — eine Aufgabe, deren Lösung die unerläßliche Bedingung jedes tüchtigen und umfassenden Fortbaues ist. Die historische Methode der Juristen hat in dieser Beziehung schon Großes geleistet, und macht täglich neue Eroberungen auf dem ihr angewiesenen Gebiete; aber auch die Rechtsphilosophie, welche von der dürren Abstraction des Naturrechts zur freien Betrachtung des Rechts in seiner allgemeinen Bedeutung für die Menschheit gelangt ist, und es in die unmittelbare Beziehung zur Staatslehre und Ethik gebracht hat, — auch sie darf ihren Antheil an der allgemeinen Förderung der deutschen Jurisprudenz in Anspruch nehmen. So ist das wissenschaftliche Vermögen vorhanden, welches zu großen Resultaten führen kann; es kommt nun Alles darauf an, in welches Verhältniß es zum Volksleben tritt, und ob die Juristen es über sich gewinnen werden, ihre isolirte Stellung aufzugeben, und sich wieder im offenen, ehrlichen Bündniß mit der Nation zu vereinen, damit Volksrecht und Juristenrecht sich ausgleiche, und die Schuld früherer Zeiten in dem gemeinsamen Ziele des höheren Strebens gesühnt werde. Um dieß zu erreichen, genügt aber nicht die Erhebung der Jurisprudenz zur freiesten wissenschaftlichen Bewegung; auch in der Rechtsanwendung, in der Praxis des täglichen Lebens muß sich derselbe Sinn bewähren, welcher auch jetzt noch im Volke den ursprünglichen Träger alles Rechtes nicht verkennt, und

wie der Jurist schon in den Ständeversammlungen neben den anderen Geschäftsmännern sitzend, die Gesetze einer gemeinschaftlichen Berathung und Beschlußnahme unterzieht, so muß er auch bereit seyn, die Stimme des schlichten Rechtsgefühls und der Erfahrung in den Gerichten gelten zu lassen, und nicht bloß sein angeschultes Wissen, sondern auch die in den Lebensverhältnissen ruhende Norm zur Anwendung zu bringen. Freilich ist es kein geringes Verlangen, welches an einen ganzen Stand gestellt wird, auf die ausschließliche Macht einer hergebrachten Herrschaft zu verzichten, und sich mit dem Einfluß zu begnügen, welchen die größere Kunde und Tüchtigkeit nach dem Maaße ihres inneren Werthes ertheilen; auch mag für engherzige und selbstsüchtige Seelen ein solches Opfer unerschwinglich erscheinen. Aber die Pflicht des guten Bürgers, die wahre Würde der Wissenschaft und des eigenen Standes erheischen es, und wenn nicht alle Zeichen trügen, so gebietet es auch die Klugheit. Denn einer tiefen, nationalen Bewegung, welche auf eine mehr naturgemäße und volksthümliche Gestaltung unseres Rechtswesens hindrängt, werden sich die Vertreter einer dem Leben entfremdeten, wissenschaftlich überwundenen Lehre ohne Aussicht auf dauernden Erfolg widersetzen.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Druckfehler,

um deren Verbesserung gebeten wird.

S. 30. Z. 13. v. o. statt: erger lies: ergere.
— 32. — 17. v. o. statt: Namen lies: Normen.
— 43. — 7. v. o. statt: wesentlichen lies: einheitlichen.
— 53. — 8. v. u. statt: den lies: der.
— 61. — 4. v. o. statt: nur lies: nun.
— 69. — 10. v. o. ist kein Absatz zu machen.
— 148. — 1. v. o. statt: ließe lies: läßt.
— 157. — 3. v. u. statt: ihn lies: ihr.
— 161. — 3. v. o. statt: festzuhalten lies: festzustellen.
— 187. — 6. v. u. ist nach: und kann hinzuzufügen: falls sie nicht auf eine bestimmte Person ausgestellt ist.
— 192. — 7. v. o. statt: gemeinschaftliches lies: gemeinrechtliches.
— 205. — 3. v. u. statt: dasselbe lies: derselbe.
— 240. — 8. v. u. zu Anfang füge hinzu: 2.
— 255. — 19. v. o. statt: bildet lies: blickt.

Guß und Druck von Friedrich Ries in Leipzig.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

– RG 495
Parsch
nbinderei
g/München

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Beseler, Georg,

Volksrecht und Juristenrecht

Leipzig 1843

Jur.is. 12 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10739936-2